



Viviendo la Justicia

Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador

VIVIENDO LA JUSTICIA. PLURALISMO JURÍDICO Y JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

La presente publicación ha sido elaborada en el marco del programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador, con el apoyo del Sistema de las Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del Gobierno de España. El programa busca fortalecer el ejercicio de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; incrementar su participación política; reducir la discriminación; promover la igualdad de oportunidades de los grupos excluidos por razones étnicas, y generar información pertinente a la diversidad cultural para la toma de decisiones de política pública. El Programa contribuye a la consecución del Plan Nacional de Desarrollo y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

María Fernanda Espinosa

Ministra Coordinadora de Patrimonio

Ministerio Coordinador de Patrimonio

Calle Alpallana E7-50 y Whympner.

Edif: María Victoria 3 (Banred), Pisos 1, 2 y 3

Teléfonos: 2557933 - 2525280 - 2541979

Fax: (02) 2552083

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH)
Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador

Guillermo Fernández-Maldonado

Equipo de apoyo técnico OACDH

Christel Drapier

Lieselotte Viaene

Equipo de Apoyo Consultores de la OACDH

Fernando Garcia

Ángel Justino Piaguaje

Raúl Llasag

Paco Chuji

Carlos Poveda

Silvio Chiripua Quintero

Atik Kurikamak Yupanki

Wilson Criollo Lucitante

Freddy Pianchiche

Martha Cecilia Vimos

Manthra Editores: Edición, corrección de estilo y diseño

Fotografía: Portada, Carlos Carrillo - Niña indígena de la Sierra (2009), Foto 1: Carlos Carrillo - Indígenas Secoyas (comunidad San Pablo, 2009), Foto 2: Carlos Carrillo - Autoridades ancestrales Cófanes (comunidad Dureno, 2009), Foto 3: Carlos Carrillo - Indígena Kichwa de la Sierra (2009), Foto 4: OACDH - Visita Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Quito, 2009)

Impresión: Gráficas Iberia

ISBN 978-9942-07-238-2 V

Esta publicación contiene en su interior un DVD sobre casos de estudio sobre justicia indígena en el Ecuador - *Viviendo la Justicia*

Quito, marzo 2012

Se autoriza la reproducción de contenido citando la fuente.

ÍNDICE

Introducción	7
Diez mitos y realidades sobre la justicia indígena en Ecuador	13
El pluralismo jurídico en Ecuador desde la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas	33
El caso La Cocha II. Un análisis jurídico antropológico	51
Principales observaciones y recomendaciones del sistema de protección de las Naciones Unidas sobre la justicia indígena en Ecuador	67



POR LA CONSTRUCCIÓN DE LA SOCIEDAD DEL BUEN VIVIR

El propósito fundamental de esta publicación es revelar lo ejecutado por el Programa Desarrollo y Diversidad Cultural del Ministerio Coordinador de Patrimonio ejecutado con el apoyo del Gobierno español en el marco del programa de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (FODM). Juntos hemos trabajado con un solo objetivo, la revalorización de la cultura, la inclusión, el diálogo intercultural como mecanismos para acortar las brechas de discriminación y exclusión. Trabajamos para que las ecuatorianas y ecuatorianos, excluidos por décadas, puedan ejercer a plenitud sus derechos y evitar que sean restringidas las oportunidades de acceso a la educación, a la salud y a los medios de producción agrícola. Solo así podremos avanzar en la construcción de la sociedad del Buen Vivir.

Así, para el cumplimiento de este gran objetivo, el Programa desarrolló sus acciones en tres grandes ejes: Políticas públicas interculturales, Emprendimientos productivos culturales y Generación de información y estadísticas sobre la diversidad cultural y étnica para la toma de decisiones en políticas públicas. La inversión alcanza los 5'500.000 dólares y los proyectos han sido ejecutados básicamente en las provincias de Sucumbíos, Chimborazo y Esmeraldas, precisamente las provincias con mayor desigualdad.

A través del programa decidimos emprender varias acciones orientadas a afianzar los objetivos nacionales en el ámbito del Patrimonio y de la Cultura. Así pues, tal como se detalla en estas páginas, el Programa desarrollo y diversidad Cultural coadyuva al cumplimiento del objetivo 8 del Plan Nacional del Buen Vivir, el mismo que promueve

la afirmación y el fortalecimiento de la identidades nacionales, la plurinacionalidad y la interculturalidad. Impulsamos estas medidas ya que tienen una relación profunda con la construcción de una sociedad plurinacional e intercultural, y encaminada a superar las desigualdades sociales. De esta manera, buscamos garantizar el acceso de toda persona y colectividad a participar y beneficiarse de los diversos bienes y expresiones culturales.

Como queda documentado, los beneficiarios de estas medidas son millones de personas. Finalmente, habría que señalar que los principales puntos en los que se visibilizará este trabajo son: el patrimonio, a través de la política pública de género e interculturalidad; la educación, a través de apoyo del Programa desarrollo y diversidad cultural a la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe, con investigaciones y producción de material didáctico; la salud, a través del apoyo a la Dirección de Salud Intercultural en la adecuación de las salas de parto culturalmente apropiado; y el desarrollo social, a través de la implementación del Plan contra el racismo y la discriminación, el apoyo a la generación de medios de vida sostenibles de la población indígena y afrodescendiente a través de los emprendimientos productivos.

De esta manera, con el apoyo entusiasta del gobierno español, el Ministerio Coordinador de Patrimonio afianza con esta publicación las políticas del Sumak Kawsay, con el objetivo de crear una Patria para todas y todos los ecuatorianos; equitativa, justa, y soberana.

María Fernanda Espinosa
Ministra Coordinadora de Patrimonio

Introducción

Los pueblos indígenas, según ha destacado la Organización de las Naciones Unidas (ONU), "*tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante*"¹. Por eso, las naciones, nacionalidades y pueblos indígenas alrededor del mundo reivindican derechos específicos, denominados derechos colectivos, que garanticen la integridad de sus territorios, la libre determinación y la participación en las decisiones del Estado. Luego de un largo proceso de discusión y abogacía política, la comunidad internacional ha reconocido derechos individuales y colectivos en favor de ellos. Este reconocimiento ha sido consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. En 2007, la Asamblea General de la ONU adoptó, en una decisión histórica, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta declaración es el resultado de un diálogo de más de dos decenios entre los Estados y pueblos indígenas facilitado por la ONU. El otro instrumento internacional de derechos humanos clave es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. Ambos instrumentos internacionales reconocen a los pueblos indígenas derechos que les garantizan mantenerse y desarrollarse como culturas diferentes, con libre determinación; tierras y territorios; formas de organización social, política y económica propias; educación intercultural de calidad; conocimientos y saberes tradicionales; participación en la toma de decisiones del Estado, entre otros. Un elemento sustancial de la libre determinación de los pueblos indígenas es la facultad normativa para generar y administrar su derecho propio o sistemas de justicia.

1 Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*, Ginebra, 2008, p. 6.

Desde hace varias décadas, los estados latinoamericanos han aprobado nuevas constituciones o realizado reformas constitucionales que reconocen en sus textos legales de mayor jerarquía la existencia de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos. No menos importante es que estos cambios suponen también el reconocimiento de la naturaleza pluricultural de sus sociedades. Estudiosos de los movimientos indígenas en América Latina han destacado que un elemento esencial de sus luchas por lograr mayor autonomía y el reconocimiento de sus derechos colectivos es "el fortalecimiento de las normas, prácticas y autoridades que constituyen el derecho indígena"².

En el Ecuador, desde los años 90, el movimiento indígena ha desempeñado un papel vital como actor político en la construcción de un nuevo Estado. El primer logro importante fue que la Constitución de 1998 defina al Ecuador como un Estado plurinacional y multiétnico y reconoce por primera vez que "las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia" (art.191). Un nuevo hito en su lucha por los derechos colectivos es la filosofía y contenido de la nueva Constitución de 2008, que declara al Ecuador "como un Estado plurinacional e intercultural" (art. 1). En su preámbulo incorpora el valor colectivo de *sumak kawsay* –buen vivir– como principio fundamental, lo que implica un nuevo marco de referencia político y jurídico. Varios analistas políticos, sociales y jurídicos han destacado que las nociones de plurinacionalidad, interculturalidad, *sumak kawsay* y *pachamama* en esta Constitución responden a una demanda clara de un nuevo concepto de estado, de una transformación y refundación del estado moderno³. El Ecuador enfrenta ahora el reto histórico de implementar esta ambiciosa Constitución.

Como parte de un estado plurinacional, la nueva Constitución titula al capítulo cuarto *Función Judicial y Justicia Indígena*, cuyo artículo 171 reconoce en pie de igualdad la justicia indígena y la justicia ordinaria. Aquí la Constitución organiza la justicia del Ecuador sobre la base de dos jurisdicciones, la indígena y la ordinaria, que se rigen por los principios de cooperación y coordinación. No se trata por lo tanto de un reconoci-

2 Rachel Sieder, 'Introducción', in Rachel Sieder y Carlos Flores Arenales, *Vergüenza. Autoridad, autonomía y derechos indígenas en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011, p. 17.

3 Véase: Alberto ACosta y Esperanza Martínez (comp.), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, AbyaYala, Quito, 2009; Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, AbyaYala/Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2010 y Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, AbyaYala/Universidad Politécnica Salesiana y Universidad Simón Bolívar, Quito, 2011.

miento puramente formal de un sistema jurídico indígena; tampoco coloca al sistema de justicia indígena en situación de subordinación ante un sistema ordinario superior en jerarquía, ni como un sistema separado y paralelo para los indígenas. Este artículo fija los mismos límites para la justicia indígena y la justicia ordinaria, en el sentido de que deben respetar los principios constitucionales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. En cumplimiento del mandato constitucional, durante 2011 se discutieron varias propuestas de ley sobre la coordinación y cooperación entra la jurisdicción indígena y la ordinaria en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, las cuales dieron como resultado un proyecto de ley que está previsto ser debatido en 2012.

El reconocimiento constitucional de la existencia del pluralismo jurídico es una dimensión central de la interculturalidad y del autogobierno de los pueblos y nacionalidades indígenas⁴. Sin embargo, es evidente que después de dos siglos de predominio uniforme de la justicia ordinaria, la vigencia efectiva de este reconocimiento plantea una serie de retos y tareas para los operadores de justicia, los actores políticos y la sociedad en general. Conforme con los estudios realizados, la mayoría de los operadores del sistema de la justicia ordinaria *"no reconocen la vigencia de los sistemas de derechos indígena, tampoco se interesan en conocerlos e igualmente no aplican las normas del convenio No. 169 de la OIT y los derechos colectivos en sus acciones"*⁵. A la luz de esta realidad, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, después de su visita al Ecuador en diciembre de 2009, recomendó *"desarrollar un proceso de intercambio de información y entendimiento entre las autoridades estatales judiciales y las autoridades indígenas sobre sus respectivos sistemas de justicia"*⁶ como punto fundamental.

4 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, AbyaYala/ Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2010, p. 132.

5 FLACSO-sede Ecuador/Oxfam América, *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, FLACSO-sede Ecuador/Oxfam América, Quito, 2007, p. 51.

6 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, UN Doc. A/HRC/15/37/Add.7, 17 de septiembre de 2010, p. 19.

Otro gran reto en torno al reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico es el fomento de un mejor conocimiento de la filosofía, normas y procedimientos de los sistemas de justicia indígena. A pesar de que, desde 1998, la antropología jurídica y las mismas nacionalidades y pueblos indígenas han hecho un esfuerzo por divulgar los sistemas de administración de justicia a través de varios estudios empíricos, se ha constatado que persiste un gran desconocimiento sobre la realidad del pluralismo jurídico entre amplios sectores de la sociedad. Por ejemplo, los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, han observado durante sus visitas al Ecuador que los medios de comunicación y los funcionarios públicos confunden con demasiada frecuencia casos de linchamiento y hechos de violencia tumultuaria con las prácticas de la justicia indígena⁷. La ignorancia, prejuicios y profundo desconocimiento de las culturas indígenas son fuente de estas confusiones y refuerzan "los estereotipos y aviva el sentimiento antiindígena"⁸.

La publicación *Viviendo la Justicia. Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador* y el DVD *Viviendo la Justicia* buscan contribuir a una mejor comprensión de las realidades locales y culturales de la administración de justicia indígena en el Ecuador. Esta publicación está dirigida especialmente a los diferentes actores/as de la sociedad ecuatoriana que de alguna manera están vinculados con la práctica y vigencia del pluralismo jurídico.

El video *Viviendo la Justicia* es resultado de una investigación etnográfica realizada entre mayo y diciembre de 2009 bajo el auspicio de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) en coordinación con el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, cuyo objetivo fue recuperar los sistemas de

7 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*, UN Doc. A/HRC/15/37/Add.7, 17 de septiembre de 2010, 8 y 20 y Consejo de derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Philip Alston, *Misión al Ecuador*, UN Doc. A/HRC/17/28/Add.2, 9 de mayo de 2011, pp. 16-17.

8 Consejo de derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Philip Alston, *Misión al Ecuador*, UN Doc. A/HRC/17/28/Add.2, 9 de mayo de 2011, p. 17.

derecho indígena y afroecuatoriano, desde la visión de sus propios actores⁹. El estudio se desarrolló en tres provincias: Esmeraldas, en la región Costa, en las comunidades de Santa Rosa (nacionalidad Eperara), Zapallo Grande (nacionalidad Chachi) y Malimpia (pueblo Afroecuatoriano); Chimborazo, en la región Sierra, en las comunidades de Totoras y Llinllin (pueblo Puruhá, nacionalidad Kichwa); y Sucumbíos, en la región Amazónica, en las comunidades San Pablo (nacionalidad Secoya), Dureno (nacionalidad Cofán) y Puyupungu (nacionalidad Kichwa). El video describe y brinda elementos de análisis desde una perspectiva antropológica jurídica sobre tres casos de administración de justicia en distintos ámbitos:

1. El caso de dos shamanes acusados en Dashino – nacionalidad Kichwa en la provincia de Sucumbíos
2. El caso La Cocha I – Nacionalidad Kichwa de la provincia Cotopaxi
3. El caso Siriano Cajilema – Nacionalidad Kichwa de la provincia Chimborazo

La publicación *Viviendo la Justicia. Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador* está estructurada de la siguiente manera:

El primer capítulo, *Diez mitos y realidades sobre la justicia indígena en Ecuador*, utiliza la figura del mito para explicar la carencia de fundamentos de visiones distorsionadas y prejuicios sobre la justicia indígena surgidos a través del tiempo y arraigados en varios sectores de la sociedad. Mediante argumentos jurídicos y antropológicos, se busca explicar y sustentar la existencia y aplicación de una verdadera justicia indígena.

El segundo capítulo, *El pluralismo jurídico en Ecuador desde la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas*, analiza las percepciones de las nacionalidades indígenas Eperará y Chachi de la Costa, Kichwa de la Sierra, así como Secoya, Kichwa y Cofán de la amazonía, sobre la relación entre los sistemas de derecho indígena y ordinario, que fueron recogidas durante la investigación etnográfica en 2009. Recoge también

9 Este estudio fue elaborado en el marco del Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador, con el apoyo del Sistema de las Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del Gobierno de España.



varias recomendaciones de las nacionalidades indígenas sobre el fortalecimiento de sus propios sistemas de justicia a corto, mediano y largo plazo.

El tercer capítulo, *El caso La Cocha II. Un análisis jurídico antropológico*, examina el caso emblemático de cooperación y coordinación de justicia indígena y justicia ordinaria denominado "La Cocha II". A partir de su análisis jurídico-antropológico se discute el avance, los límites y los retos del pluralismo jurídico en el Ecuador.

El último capítulo, *Principales observaciones y recomendaciones del sistema de protección de las Naciones Unidas sobre la justicia indígena en Ecuador*, recopila las observaciones y recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; y del Comité para la eliminación de la discriminación racial, con el objetivo de promover su conocimiento y aplicación efectiva.

Oficina del Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Quito, marzo de 2012



**Diez mitos y
realidades sobre
la justicia indígena
en Ecuador**





Diez mitos y realidades sobre la justicia indígena en Ecuador

A continuación, se ofrece al lector/a argumentos jurídicos y antropológicos que explican y sustentan la existencia y aplicación de la justicia indígena. Se utilizó la figura del mito para demostrar que se ha generado versiones distorsionadas y prejuiciosas sobre ella, a través del tiempo y en varios sectores de la sociedad ecuatoriana, sobre todo, desde que la Constitución de 1998 fue reconocida.

Este documento está dirigido a los diferentes actores/as de la sociedad, pero puede ser de especial importancia para aquéllos/as que de alguna manera estén vinculados/as con la práctica y vigencia del pluralismo jurídico y que, en su trabajo cotidiano, deban tomar decisiones relacionadas no sólo con la aplicación de la justicia, sino con el carácter plurinacional e intercultural que define al Estado ecuatoriano en su conjunto desde la Constitución de 2008.

Se recurrió a cuatro tipos de fuente: (1) los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y aplicables en el Ecuador, en especial el convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; (2) las normas constitucionales y la legislación secundaria aprobada en el período post constitucional; (3) la jurisprudencia ordinaria e indígena sobre la base de la interpretación intercultural a partir del año 1998; y (4) las bases filosóficas de la justicia indígena y su práctica ancestral.

Mito No. 1: La justicia indígena transgrede los derechos humanos por la brutalidad de sus sanciones

El artículo No. 171 Constitución del Ecuador¹ fija los límites, tanto de la justicia indígena como de la ordinaria: ambas deben respetar los principios constitucionales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Determina además que todos los sistemas jurídicos (indígenas y no indígenas), por ser una forma de ejercicio del poder, pueden exhibir aciertos o excesos y, por tanto, deben contar con mecanismos de control y límites en su aplicación.

En este contexto, generalizar la «brutalidad de las sanciones» de la justicia indígena es desconocer su sentido y concepción. El castigo físico –una de las sanciones que esta justicia contempla, pero no la única– no debería descontextualizarse ni presentarse de forma sensacionalista, como usualmente lo han hecho los medios de comunicación y algunos actores de la justicia ordinaria y distintos gobiernos. Cabe añadir que la justicia indígena ecuatoriana cuenta con 32 sistemas de derecho propio (14 nacionalidades y 18 pueblos) que disponen de autoridades, normas, procedimientos, sanciones y una cosmovisión que los caracteriza y diferencia entre sí. Por eso, también es erróneo negar la realidad de su diversidad y sus particularidades, y concebir que existe sólo una justicia indígena.

De acuerdo a esta justicia, la sanción o pena, tal como se conceptualiza y aplica en el derecho penal ordinario, no existe. Los conflictos surgen cuando se transgrede las normas sociales, comunitarias y espirituales y, por tanto, se busca restablecer la paz y la armonía entre las personas, la comunidad y la naturaleza. Las formas para reparar el daño causado dependen de cada situación y su vigencia debe interpretarse como una forma de reintegración a la comunidad y de sanación espiritual. Desconocer el contexto de las culturas indígenas y analizarlo únicamente desde una perspectiva occidental implica una interpretación limitada y errónea de las acciones rituales, las cuales son vistas sólo como una forma de castigo físico. Por eso, es fundamental que los derechos humanos sean considerados desde un punto de vista intercultural, en el marco de cada una de las culturas indígenas.

La práctica del fueite

El uso del fueite no es discrecional sino que está debidamente normado: determina la cantidad y la manera de aplicarlo en el cuerpo (siempre de la cintura para abajo). Además, es considerado como una sanción ritual que no busca castigar mediante el daño físico; los latigazos representan la fuerza del rayo, la cual permite limpiar y equilibrar la mala energía (*llaki* en Kichwa) del individuo, que lo llevó a romper el orden social del grupo, y reintegrarlo a la armonía social. Por tanto, la aplicación de sanciones físicas dentro de la regulación, límites y contexto de la justicia indígena no debería implicar un atentado contra el derecho a la integridad de las personas.



Mito No. 2: La justicia indígena no respeta el debido proceso

Según los parámetros de la justicia ordinaria, se afirma que la indígena no cumple el debido proceso², lo que constituye otra forma de discriminación cultural y jurídica. Los procesos de aplicación de la justicia indígena, desde las denuncias hasta las sanciones, se encuentran claramente establecidos, tanto en la tradición oral como en instrumentos escritos, y cada uno cuenta con un término y prácticas específicas definidos. Para comprender esta realidad, es necesaria una interpretación intercultural de las garantías del debido proceso.

La aplicación de la justicia indígena implica una serie de prácticas que varían de acuerdo a cada nacionalidad o pueblo y que también pueden ser diferentes al proceso judicial ordinario. Sin embargo, lo importante no solamente son las formas, sino sobre todo que exista garantías que exijan que los conflictos se solucionen con imparcialidad e independencia y que se cumpla el derecho a la defensa ante cualquier acusación.

El debido proceso según la nacionalidad Kichwa de la Sierra

En la nacionalidad Kichwa de la Sierra, por ejemplo, el debido proceso comprende varios momentos: primero, el *willachina* (avisar): se da conocimiento del conflicto acaecido a las autoridades; luego, el *tapuikuna* (averiguar): las autoridades oyen las partes del conflicto; a continuación, el *chimbapurana* (confrontación de las partes): se establece responsabilidades; sigue el *kill-pichirina* (imponer una sanción); y finalmente el *paktachina* (hacer cumplir la sanción).

Mito No. 3: La justicia indígena es machista y en esencia constituye un factor de violencia contra las mujeres indígenas

Es necesario iniciar citando dos artículos de la Constitución del Ecuador de 2008. El artículo 57, sobre los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, numeral 10, dice que éstos podrán: "*crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de mujeres, niños y adolescentes*". Asimismo, la primera parte del artículo 171 señala que: "*las autoridades de las comunidades, nacionalidades y pueblos 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*".

La justicia indígena *per se* no es machista. Por tanto, este mito debe ser matizado y explicado sin descontextualizar su práctica, cuyos sistemas no constituyen un factor de violencia contra las mujeres indígenas, sino que contribuyen a la prevención de la violencia de género y a sancionarla según las normativas y regulaciones de cada pueblo indígena.

Si bien una de sus características es la presencia mínima de mujeres que se desempeñan como autoridades administradoras de justicia, las mujeres organizadas indígenas alcanzan niveles de liderazgo y transitan hacia la esfera pública cada vez más. La desigualdad en cuanto a la posibilidad de acceder a puestos de autoridad y mayor jerarquía en la función pública y privada es un fenómeno que, en cierta medida, está presente en todos los países y que debe ser erradicado. La "*garantía de participación y decisión de las mujeres*" que se establece en el artículo 171 de la Constitución es clave; es una conquista de las organizaciones de mujeres indígenas que presentaron este planteamiento ante la Asamblea Constituyente. De esta manera, se aseguró su participación en la toma de decisión en cuanto a las medidas colectivas sobre conflictos, incluidos los casos de violencia de género, como veedoras de los procesos de impartición de justicia comunitaria, promotoras de los derechos individuales y colectivos de las mujeres indígenas y autoridades administradoras de justicia, entre otras posibilidades.

Si se revisan estudios de caso de las zonas andinas y amazónicas del Ecuador y otros países de la región, se constata que los sistemas de justicia indígena no atienden de

forma satisfactoria los casos de violencia de género de acuerdo a su dimensión más amplia (violencia física, psicológica, sexual, violencia patrimonial, feminicidio/femicidio, trata de personas, prácticas perjudiciales como matrimonio forzado, infanticidio femenino, maltrato de viudas, embarazo forzado, etc.). Según la forma de catalogar las faltas y daños por parte de la justicia indígena, generalmente la violencia de género está tipificada como una falta leve, a diferencia del robo, abigeato, abandono o infidelidad. Las autoridades que se encargan de la violencia intrafamiliar tienden a la conciliación o a recordar los roles de género de las mujeres y no sancionan al agresor. La impunidad es mayor en casos de violencia sexual perpetrada por miembros de familia u otros en la comunidad.

Hablar de violencia de género ha sido, de cierta forma, un tabú en las comunidades y pueblos indígenas. No obstante, conforme han avanzado los procesos organizativos y se ha incrementado la participación de las mujeres indígenas, hoy este tema es abordado como una problemática que los afecta y es una prioridad de sus agendas organizativas. Las mujeres Kichwas organizadas de la UNORCAC (Unión de Organizaciones Campesinas e Indígenas de Cotacachi) y la AMNKISE (Asociación de Mujeres Kichwas de Sucumbíos), por ejemplo, generaron reflexiones sobre la problemática de la violencia de género desde las comunidades hasta las organizaciones y federaciones, donde se establecieron normativas propias para sancionarla de acuerdo a su gravedad y frecuencia. Estas leyes pasaron de la oralidad y se inscribieron en normativas escritas como la *La ley del buen trato* (Cotacachi) o el *Reglamento de la Buena Convivencia* (Sucumbíos).

Pese a que dicha normativa ha sido socializada, todavía no existe una plena implementación, por lo que las mujeres organizadas siguen trabajando para que las autoridades comunitarias conozcan dichos reglamentos y los apliquen. Durante este proceso, se promueve que los casos de violencia de género sean tratados internamente en las comunidades y que sean dirimidos por los/las dirigentes de federación en caso de no resolverse. Asimismo se promueve recurrir a la jurisdicción ordinaria en casos reiterativos y en que el agresor no cambie de actitud.

Mito No. 4: Todas o algunas de las prácticas de sanción de la justicia indígena no son ancestrales y son producto de la herencia colonial

Esta afirmación resta valor y autenticidad a las culturas indígenas y ancestrales y muestra un claro etnocentrismo y una valoración cultural discriminatoria. Todas las culturas se enriquecen a partir de su interacción con otras y esta transformación nunca se detiene. No existe ninguna cultura «completa» o «definitiva»; todas requieren de otras en su convivencia cotidiana. Históricamente, todas han adoptado prácticas, valores y normas de otras culturas sin perder la identidad ni la capacidad de cambio y transformación.

La antropología ha demostrado que toda cultura está «viva»; es decir, que está sometida a un proceso de cambio e intercambio con el resto de culturas. En este sentido, la que identifica a la población mestiza es tal vez el mejor ejemplo, ya que ha sido capaz de integrar elementos provenientes de otras culturas y, así, constituir una nueva y forjar una identidad propia. Por ejemplo, muchos productos originarios de América Latina, como la papa, el tomate o el cacao, entre otros, han influido de manera evidente en la gastronomía y dieta alimenticia de todo el mundo.

El uso del fueite

El uso del fueite en la justicia indígena tiene su origen en la Colonia. Este objeto fue traído por los colonizadores españoles como instrumento de castigo físico. Ya que en América no existía ganado vacuno que produjera cuero (material con que se elabora), no fue conocido antes del contacto europeo. Las culturas indígenas lo integraron en la aplicación de sanciones físicas rituales, pero bajo un contenido cultural propio y diferente al colonial: el carácter ritual del poder del trueno³.

No se puede acusar a ninguna cultura de ser «incivilizada», carente de identidad o autenticidad por su capacidad de cambio y adaptación; al contrario, dicha virtud es señal de que la cultura está viva, goza de buena salud y que se vuelve más humana para la convivencia social.

Mito No. 5: La justicia indígena por ser oral – sus fuentes y procesos - no tiene legitimidad alguna frente al derecho estatal escrito, por lo tanto no constituye un sistema jurídico.

Esta afirmación parte de un profundo desconocimiento de la historia y las fuentes del derecho en general. La aplicación de prácticas ancestrales (usos y costumbres) no escritas, transmitidas oralmente de generación en generación, es la fuente más antigua del derecho. La antropología manifiesta que las prácticas ancestrales no son estáticas, sino que cambian y mantienen un proceso continuo de transformación. Asimismo, la antropología jurídica demuestra que la reinención de la tradición es una práctica de todas las culturas, lo que hace referencia a la fortaleza de la fuente de creación del derecho. Igualmente varios estudios empíricos sobre justicia indígena en el país y América Latina demuestran que su flexibilidad y dinamismo es evidencia de su fortaleza y permanencia y no de lo contrario.

Es importante recordar que en el derecho internacional público que regula la relación entre estados soberanos, la costumbre ha regido durante la mayor parte de la historia⁴. Afirmar que sólo la aplicación de normas escritas otorga la condición a un sistema jurídico o legalidad y legitimidad a un sistema de justicia es una aberración jurídica.

De hecho, la justicia ordinaria ecuatoriana reconoce el sistema oral como un recurso que no le quita legalidad ni legitimidad. Así se señala en el artículo No. 168, numeral 6, de la Constitución, en cuanto a los principios de la administración de justicia: "*la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo*"; y en varios artículos del Código de Procedimiento Penal vigente se alude a la característica de la oralidad..

En definitiva, la evaluación sobre la legitimidad y eficacia de un sistema jurídico no puede basarse sólo en normas que estén escritas, sino en su conocimiento, aceptación, respeto y vigencia efectiva.

Mito No. 6: Los linchamientos son una práctica de la justicia indígena

Esta afirmación se basa no sólo en un prejuicio contra la justicia indígena, sino también en un profundo desconocimiento de la realidad. Cabe señalar la existencia de tres fenómenos muy distintos. El primero, conocido como «fuente ovejuna», se refiere a una masa que enfrenta violentamente a una autoridad por considerarla ineficiente, dictatorial o corrupta, como ha ocurrido recientemente en la denominada «primavera árabe» o como sucedió en los regímenes de los países de Europa del este al finalizar la guerra fría. El segundo fenómeno es el «linchamiento», por el cual un delito in fraganti o, incluso, el simple señalamiento de una persona como autor de un delito determinado, produce una reacción colectiva violenta que, sin respetar las garantías o el debido proceso, agrede al presunto delincuente causándole lesiones y hasta la muerte. Estos dos fenómenos no tienen relación alguna con el tercero: la justicia indígena. Como hemos dicho, ésta tiene normas y etapas procesales, respeta el derecho a la defensa y tiene una visión de sanación espiritual (por eso integra elementos como el agua, la ortiga o el fuele) y, por tanto, contempla procesos comunitarios pero no tumultuarios. De la misma forma que un linchamiento realizado por mestizos no es parte de la justicia ordinaria, uno con participación de indígenas no es parte de la justicia indígena.

En nuestra realidad, ni el código penal, ni los académicos ni los periodistas hacen esta distinción fundamental, lo que favorece a una lamentable confusión cuyos efectos pueden ser devastadores: todo acto de violencia colectiva termina siendo atribuido –por prejuicios étnicos o intereses políticos– a la justicia indígena; sobre todo, si el hecho se produce en el sector rural o una comunidad originaria. Respecto a este tema, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, dice: "*Los medios de comunicación y los funcionarios confunden con demasiada frecuencia la cuestión de los linchamientos (denominada también justicia privada o popular) con la justicia indígena. En algunos casos, esa confusión es fruto de la ignorancia, y en otros parece haber una mezcla deliberada de esas dos cuestiones, que son muy distintas. La frecuente confusión dificulta la realización de un análisis adecuado de dichas cuestiones, impide al Gobierno llevar a cabo reformas apropiadas y refuerza los estereotipos negativos de los indígenas ecuatorianos*"⁵. Durante este último periodo, tanto los linchamientos como los actos de justicia indígena en el Ecuador se han hecho más públicos. En cuanto al segundo caso, la administración de justicia indígena se asienta en las reformas constitucionales



de 1998 (artículo 191) y 2008 (artículo 171) que reconocen la jurisdicción del derecho indígena y, por consiguiente, la vigencia del pluralismo jurídico en el país, y establecen claramente los límites de su aplicación. Se trata de procesos que respetan las prácticas de la justicia indígena en el marco de los límites señalados por la Constitución vigente y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De esta manera, la verdadera justicia indígena nada tiene que ver con los actos de barbarie que se le atribuyen, sino que busca el resarcimiento espiritual de la persona que delinque antes que el castigo físico como tal, el cual se convierte en una práctica ritual mediante la que se recupera la armonía social temporalmente perdida.

Mito No. 7: La justicia indígena debe interpretarse a la luz de la universalidad de los conceptos del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos y no bajo el criterio de la interculturalidad que atenta flagrantemente contra estas categorías universales

Este mito esconde una falsa oposición de conceptos. Los principios universales del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos siempre tienen una expresión particular en cada país y cultura, que permite su efectiva aplicación sin que pierda su esencia. Así, una administración adecuada y efectiva de la justicia, tanto indígena como ordinaria, debe considerar desde una perspectiva intercultural un conjunto de principios enmarcados en la normativa constitucional e internacional. De esta manera, sostener que la justicia indígena y el enfoque intercultural son incompatibles con dichos principios carece de fundamento.

La universalidad es la piedra angular de los derechos humanos; sin perjuicio de ello, como afirman, las Naciones Unidas el diálogo intercultural *"enriquece esencialmente la comprensión de los derechos humanos"*⁶. El concepto de derechos humanos no es estático, sino que progresa y se expande. Por eso, es factible llegar a un consenso para promoverlos respetando la diversidad cultural ya que así se *"favorece el pluralismo cultural, contribuyendo a un intercambio más amplio de conocimientos y antecedentes culturales y a la comprensión de éstos"*⁷.

Otro principio a tomar en cuenta es la continuidad histórica; es decir el hecho de que, a pesar de la colonización y sus secuelas estructurales, los pueblos y nacionalidades indígenas mantuvieran su identidad propia y la diferencien del resto de la sociedad nacional haciendo uso de sus costumbres; culturas; normas; instituciones jurídicas, políticas y religiosas; nociones filosóficas y lenguas. Se debe considerar, por tanto, otros marcos filosóficos, epistemológicos y ontológicos.

Asimismo, no se debe perder de vista el principio de la diversidad cultural, en función del cual la ley debe considerar no sólo la relación que se establece entre el Estado y la ciudadanía, sino "las identidades entre los pueblos"; es decir, reconocer la relación entre las distintas nacionalidades indígenas, sus instituciones, costumbres y filosofías, y otros pueblos no indígenas que comparten el mismo territorio nacional.



Por último, se debe considerar el principio de la interculturalidad, en cuanto al diálogo entre culturas. Éste no puede establecerse a partir de la consideración de que una cultura determinada es superior a otra, sino que debe ser entendido como un encuentro entre saberes diferentes, los cuales se refieren a cómo los diferentes pueblos recurren a sus formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con los otros, la naturaleza, el territorio, la riqueza y la sociedad diversa.

La justicia indígena, como cualquier otra, debe ser interpretada a la luz de su cosmovisión y principios básicos⁸. Cuando se habla de universalidad, se hace referencia a los valores y derechos que todas las culturas comparten, como el derecho a la defensa de todas las personas sin discriminación alguna, que tiene una regulación normativa y expresión diversa en el mundo. El derecho comparado parte precisamente del reconocimiento de la existencia de diversos sistemas jurídicos igualmente válidos. Por tanto, juzgar los sistemas jurídicos del mundo, incluyendo la justicia indígena y ancestral, desde el punto de vista excluyente y exclusivo del derecho occidental o de tradición romano civilista que guía la justicia ordinaria del Ecuador, es un error jurídico y un prejuicio cultural. También es una posición inconstitucional ya que no acepta la vigencia real del pluralismo jurídico en un Estado que, en su Constitución, se declara plurinacional e intercultural y en su Código Orgánico de la Función Judicial (artículo 24) reconoce la interculturalidad como uno de sus principios rectores y disposición fundamental.

Mito No. 8: Las resoluciones que surgen de la justicia indígena son arbitrarias

Varias investigaciones, realizadas con la rigurosidad y experticia de la antropología jurídica, han demostrado que los sistemas de justicia indígenas vigentes en el país cuentan con un conjunto de normas, principios, procedimientos y prácticas debidamente probadas y aplicadas en el transcurso del tiempo. Por tanto, no se puede dudar de su legitimidad ni, mucho menos, calificar sus decisiones como arbitrarias.

Tanto las nacionalidades y pueblos indígenas como esta disciplina se han esforzado, desde 1998, por divulgar en qué consisten los sistemas de administración de justicia; en algunas universidades ecuatorianas, por ejemplo, se ha incorporado las cátedras de antropología jurídica, derecho indígena, pluralismo jurídico y peritaje antropológico en la formación de abogados y de los distintos operadores de justicia, incluidos los jueces y juezas.

Tanto la justicia indígena como la ordinaria deben dialogar y aprender la una de la otra. Primero, es necesario que superen los prejuicios culturales y raciales que aún subsisten entre ellos y luego, como ordena la Constitución, deben iniciar un proceso de coordinación y cooperación que garantice la autonomía de cada jurisdicción y una práctica efectiva de la interlegalidad, como expresión del carácter intercultural del Estado ecuatoriano en el ámbito jurídico.



Mito No. 9: La justicia indígena no constituye un sistema jurídico ni puede calificársele de legítimo según la teoría general del derecho

De acuerdo con Raquel Yrigoyen, abogada especialista en derecho indígena, el sistema jurídico es "*una instancia social y política que tiene poder reconocido para administrar justicia, que posee las normas y los medios para crearlas o cambiarlas, autoridades y mecanismos para escogerlas, procedimientos para arreglar disputas y un conjunto de sanciones para corregirlas*"⁹. Cabe añadir que todos los elementos citados se cumplen a cabalidad en cualquier sistema de derecho indígena.

La teoría general del derecho, que proviene históricamente del mundo occidental, es muy valiosa y respetable, pero no tiene carácter universal ni es la medida justa para acreditar la legitimidad de un sistema de derecho diferente. La mera descalificación de la justicia indígena como sistema es un ejercicio etnocéntrico y discriminatorio que actualmente no se sostiene, debido a los avances logrados por el derecho internacional respecto a pueblos indígenas, representados en la normativa del convenio No. 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Mito No. 10: En virtud del principio de igualdad, todos somos iguales ante la ley y, por tanto, no cabe diferenciar ni pensar en la existencia de otros sistemas jurídicos

La máxima del derecho liberal que asegura que todos somos iguales ante la ley fue una conquista histórica ante los regímenes monárquicos y absolutistas que establecieron privilegios para unos pocos y negaron derechos para la mayoría de las personas. La igualdad, que establece que todos y todas tienen derecho a la salud, la educación, a un ingreso digno, al empleo, a la vivienda, así como la diversidad cultural, a la lengua materna, a la justicia propia y a la identidad, entre otros; y la no discriminación son principios de los derechos humanos vigentes en todo el mundo y, por supuesto, en el Ecuador. De acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales, estos principios se deben aplicar en relación al respeto, la protección y la garantía de los derechos de todas las personas.

El derecho internacional reconoce el derecho a la diferencia, no sólo respecto a los pueblos indígenas, sino también a las mujeres, los niños y niñas, los jóvenes, los adultos mayores, las personas con capacidades diferenciadas, con orientación sexual diversa, etc. Ejercer este derecho no discrimina un grupo de otro sino que pretende reparar situaciones históricas en que unos dominaban a otros.

El reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas en el Convenio No. 169 de la OIT de 1989 y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2006, es el resultado de la larga lucha que estos pueblos mantuvieron con el objetivo de visibilizarse y lograr que se reconociera su especificidad. Ahora, forman parte tanto del derecho internacional como del derecho nacional de muchos países.



- 1 Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.
- 2 El principio de debido proceso ha sido recogido en Convenios Internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, artículo 8:
 - 1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter;
 - 2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) *derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b) *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
 - c) *concesión al inculpado del tiempo personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - d) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrare dentro del plazo establecido por la ley;*
 - e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
 - f) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;* y
 - g) *derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*
- 3 Véase Mito No. 1.
- 4 Art. 38 inciso 1 lit. b, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho
- 5 Consejo de derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión al Ecuador*, UN Doc. A/HRC/17/28/Add.2, 9 de mayo de 2011.
- 6 Asamblea General de Naciones Unidas, *Derechos humanos y diversidad cultural*, UN Doc. A/RES/55/91, 26 de febrero 2001.
- 7 Ibid.
- 8 La cosmovisión es un elemento característico de toda cultura y representa la visión que tiene cada cultura del ser humano, de la naturaleza y del universo. La cosmovisión indígena se caracteriza por una visión holística al mundo donde no existe separación entre lo natural, lo social y lo espiritual.
- 9 YRIGOYEN, Raquel, "Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary –a Post- Reform Assesment", en Rachel Sieder (ed.), *Multiculturalism in Latin American. Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, Londres, 2002, 202.

Bibliografía

CONDÓR CHUQUIRUNA, Eddie (coord.), *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países Andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.

HUBER, Rudolf (coord), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia – México, 2008.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Recuperado en línea de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/nuant/con/71/pr/pr3.pdf>

SIEDER, Rachel y FLORES ARENALES, Carlos *Vergüenza: autoridad, autonomía y derechos indígena en la Guatemala de posguerra*, F&G Editores, Guatemala, 2011 + DVD *K'ixb'al – Vergüenza Video colaborativo y derecho maya en Quiché, Guatemala: reflexiones desde la antropología*.

YRIGOYEN, Raquel, "Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary –a Post- Reform Assesment", en SIEDER, Rachel (ed.), *Multiculturalism in Latin American. Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, Londres, 2002.



El pluralismo jurídico en Ecuador desde la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas





El pluralismo jurídico en Ecuador desde la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas*

La presente contribución presenta los resultados de la investigación realizada en 2009 sobre la vigencia y funcionamiento de los sistemas de derecho indígena desde la visión de sus propios actores. La estrategia metodológica utilizada fue la investigación colaborativa, es decir, la participación activa de investigadores indígenas con el apoyo coordinador de un investigador no indígena.

Este proceso se inició con un taller cuyo propósito fue compartir con los investigadores el objetivo, contenido y metodología del ejercicio investigativo, así como adoptar un sistema común de registro y ordenamiento de la información. Los investigadores eligieron una serie de actores vinculados con el sistema de derecho indígena, sobre todo sus autoridades y usuarios, a quienes entrevistaron y con quienes realizaron observaciones participantes¹ sobre los conflictos que surgen en la comunidad. La información fue recogida en la lengua propia de cada nacionalidad y luego, traducida al castellano por parte de cada investigador. En el proceso de recolección de información intervinieron alrededor de 30 personas por comunidad. En los distintos talleres de devolución que se organizaron al final del proceso investigativo con el propósito de validar, completar la información y elaborar los resultados finales, participaron 60 personas por comunidad. A lo largo de todo este proceso, los investigadores contaron con el conocimiento y auspicio de sus respectivas organizaciones locales y regionales y se mantuvo un equilibrio generacional y de género.

De su lado, el investigador coordinador realizó un seguimiento periódico de la información recogida mediante visitas *in situ* y una sistematización de la misma para la preparación de los talleres de devolución y elaboración de los resultados finales.

En este capítulo, se presentará las percepciones de las nacionalidades indígenas Eperará y Chachi de la Costa; Kichwa de la Sierra; así como Secoya, Kichwa y Cofán de la amazonía² sobre la relación entre los sistemas de derecho indígena y el sistema de derecho ordinario. Asimismo, se incluirá las principales recomendaciones de las nacionalidades indígenas sobre el fortalecimiento de sus propios sistemas de justicia a corto, mediano y largo plazo.

Relación entre los sistemas de derecho indígena y el sistema de derecho ordinario

A continuación, se analizará las situaciones por las que los indígenas acuden a la justicia ordinaria; el conocimiento de las nacionalidades indígenas en cuanto al sistema de justicia ordinaria, sus sanciones más comunes, sus operadores y costos; así como la percepción de las nacionalidades indígenas respecto a la justicia ordinaria y, en contraste, la percepción de la población no indígena en cuanto a la justicia indígena.

Situaciones por las que los indígenas acuden a la justicia ordinaria

En la amazonía, las nacionalidades indígenas acuden al sistema ordinario cuando enfrentan un problema considerado poco frecuente dentro de la comunidad o desconocido por las prácticas ancestrales. También acuden a la justicia ordinaria cuando se ha perdido la costumbre aplicable o cuando existen amenazas por una de las partes involucradas hacia la otra, como en los casos de asesinato o violación. Así lo atestigua un dirigente Kichwa:

"A veces parece que todavía no estamos lo suficiente preparados para apoyar todos los casos. Hemos perdido mucho de nuestra costumbre, por eso pienso que a veces nos vamos a otra justicia para pedir protección y justicia. Cuando hay amenazas, nos vamos a sacar una boleta de auxilio para protegernos, pero también hacemos denuncia de las amenazas ante nuestras autoridades para que lo tomen en cuenta y

no dejen pasar lo peor. Cuando hay muerte también vamos a la otra justicia porque nuestra autoridad todavía no ha resuelto estos casos. No ha habido experiencia por eso nos vamos allá para que castiguen o encierren a los asesinos. Si es un problema de violación, la familia que sufrió esto no va a vivir en armonía con esta persona y el problema puede empeorar. Es por eso que nos acercamos ante esta justicia, para que mande al agresor preso por muchos años. Ésa es la idea, la justicia ordinaria es muy diferente a nuestros castigos, y decimos que si es un castigo desconocido entonces la gente se puede corregir y disminuye este tipo de conflictos en la comunidad".

También acuden a la justicia ordinaria cuando los implicados indígenas son reincidentes o violentos, tal como lo ilustra el testimonio de un indígena Cofán:

"El joven tenía 24 años y resulta que cuando una persona se iba de la casa a otro lugar de paseo, entraba y robaba todas las cosas de valor y la remesa. Lo primero que hicimos fue llamar al joven y hacer una reunión en la cual los dirigentes y autoridades ancestrales le aconsejaron y le dijeron que no lo vuelva a hacer. Pero este joven a pesar del consejo no se corregía, y cometió otra vez la misma locura. Nos volvimos a reunir pero sin él y decidimos castigarle, cogiéndole y amarrándole en el monte por un día y una noche. Luego de este castigo el joven seguía con la misma actitud, entonces nos pusimos de acuerdo con los/las socios/as, dirigentes de la comunidad y las autoridades ancestrales, para enviarle a la policía para que lo castiguen. Gracias a esto este joven se corrigió un poco".

En algunos casos, se acude a la fuerza pública para someter a los más violentos cuando las autoridades indígenas no son obedecidas:

"La justicia ordinaria tiene policías. Cuando algunas personas violentas hacen lo que quieren en la comuna generando problemas y sin hacer caso a las autoridades nuestras y tampoco a las resoluciones que se toman solicitamos la intervención de la fuerza pública. Nuestras autoridades indígenas tienen que tener el apoyo de la fuerza pública hasta que estemos a un nivel de conciencia para poder ejercer efectivamente nuestra justicia. Dentro de la resolución de nuestros problemas no hay castigos fuertes para la gente que no se corrige, es necesaria una sanción fuerte porque hoy en día la nueva generación comete delitos de los mestizos, cosas que antes no se daban".

En caso de violencia intrafamiliar, las mujeres indígenas acuden a las comisarías de la mujer cuando los hombres que las maltratan no son debidamente sancionados en las comunidades o cuando reinciden. En caso de problemas que involucren a indígenas y a no indígenas, como los conflictos relacionados con el territorio, el medio ambiente y los recursos naturales, las nacionalidades indígenas acuden a la justicia ordinaria por falta de reglas claras que faciliten la intervención de las autoridades indígenas.

Las nacionalidades indígenas amazónicas concuerdan en que el sistema de justicia ordinaria resuelve los problemas de «ellos» (de los mestizos, de la gente de la ciudad); es decir, asesinatos, tráfico de drogas y armas, asaltos, secuestros, robos y violaciones. También afirman que la justicia ordinaria resuelve pocos problemas de las nacionalidades indígenas; incluso, algunas personas afirman que no conocen que haya resuelto un solo caso.

Reglamento interno de la nacionalidad Cofán

El reglamento interno³ de la nacionalidad Cofán contempla que los «problemas grandes» que surgen en la comunidad, tales como robos de bienes de especial valor, asesinatos y violaciones, deben ser solucionados por la justicia ordinaria. Esta medida se debe a que antes estas situaciones no ocurrían, pero ahora, con la llegada de la vida occidental, todo ha cambiado y los niños y jóvenes la imitan y reproducen sus problemas. Según los dirigentes de la nacionalidad, el reglamento se inspira un poco en la justicia ordinaria, pero en su mayoría retoma las costumbres y saberes ancestrales.

En la Sierra, la nacionalidad Kichwa acude a la justicia ordinaria por las situaciones siguientes: cuando al interior de las comunidades no se logra un acuerdo sobre la resolución de un conflicto o si hay desacuerdo sobre la sanción aplicable; cuando una de las partes involucradas en un conflicto amedrenta o amenaza a la otra y ésta inicia una demanda ante la fiscalía; cuando se presenta un caso grave y se desconoce cómo resolverlo, como los casos de violación a mujeres y menores de edad; y, finalmente, cuando las partes, por conveniencia propia, prefieren iniciar una demanda en el sistema ordinario para evadir el derecho indígena.

Según un agente fiscal cantonal de la provincia de Chimborazo, la mayoría de los casos presentados por indígenas están vinculados con asuntos penales (homicidios, por ejemplo). Detalló los conflictos indígenas que llegan a los tribunales de justicia de acuerdo con las categorías de delitos propios del sistema ordinario: los casos civiles más frecuentes corresponden a conflictos de linderos y posesión de tierras, herencias, alimentos, violencia intrafamiliar y cobro de deudas; en cuanto al tema penal, se presentan casos de violación, robo, abigeato, plagio y asesinato. También mencionó que, antes de iniciar cualquier procedimiento, generalmente los indígenas solicitan la ayuda de un abogado en libre ejercicio para que los oriente y explique cómo llevar la demanda.

Vale mencionar que la larga duración de los distintos procedimientos de la justicia ordinaria, la falta de dinero para pagar a un abogado y el logro de un acuerdo entre las partes dentro de la comunidad son motivos de abandono del caso por parte de los indígenas.

En la Costa, las nacionalidades Chachi y Eperará se relacionan de diversas formas con el sistema de justicia ordinario: acuden a él en casos de asesinato, violación y problemas que muestren un cierto grado de peligrosidad o amenazas para las autoridades; cuando el sancionado no está de acuerdo con la pena dictada por la justicia indígena y cuando surgen conflictos entre distintas nacionalidades.

Conocimiento del sistema de la justicia ordinaria

La mayoría de miembros de las nacionalidades amazónicas Secoya y Cofán desconocen los procedimientos del sistema de derecho ordinario, su funcionamiento y posible utilización. En este sentido, un promotor de salud Cofán dice:

"En nuestra comunidad somos pocos los que conocemos la justicia ordinaria, no sabemos a dónde acudir ni cómo denunciar ante las autoridades competentes. No tenemos conocimiento profundo pero sabemos por ejemplo que si asesinas, violas, robas o haces otra locura puedes ir a la cárcel si la investigación te declara culpable. Pero si hablamos de nuestra justicia conocemos cual es el proceso y donde acudir. Yo creo que conocemos porque es nuestro. También quisiera decirles que en nuestra comunidad falta capacitación en estos temas para poder conocer

más en profundidad. Para mí sería bueno saber o conocer profundamente las dos justicias para poder resolver cualquier conflicto o problema que se presente en nuestra comunidad".

La nacionalidad Kichwa de la amazonía, que convive con el mundo mestizo, muestra mayor conocimiento. Los dirigentes Kichwas describen el procedimiento con mayor claridad:

"Mediante un abogado el acusador realiza un escrito en el cual señala todo lo sucedido y se presenta ante la fiscalía de la provincia que recibe la denuncia y revisa el contenido. Luego la fiscalía ordena a la policía judicial que investigue el caso emitiendo una orden de investigación. Luego de la investigación la policía remite un informe. Con los resultados de la investigación y la denuncia, el fiscal manda el caso al juez competente quien llama a las partes con el propósito de resolver el caso por mutuo acuerdo. Si no se resuelve el juicio, se da un plazo determinado al acusado para que presente las pruebas de descarga. Una vez concluido este plazo el juez revisa el expediente y emite una resolución que absuelve al acusado o dicta una sentencia. También fija un plazo para que el acusado pueda apelar".

Las nacionalidades de la Sierra tienen un mayor conocimiento sobre los procedimientos propios de la justicia ordinaria. Además de mencionar las etapas de la denuncia, indagación previa, instrucción fiscal, juicio, sentencia e impugnación, destacan la posibilidad del uso del idioma materno durante el desarrollo del proceso cuando el abogado del demandante indígena lo solicite; sin embargo, aclaran que no es un procedimiento usual. En cuanto a las nacionalidades de la Costa, éstas tienen conocimientos básicos sobre los procedimientos de la justicia ordinaria que se resumen en denuncia, investigación, sentencia y ejecución.

Sanciones más comunes de la justicia ordinaria

La sanción de la justicia ordinaria que las nacionalidades indígenas de la amazonía, la Sierra y la Costa mencionan principalmente es la privación de libertad.

Los comuneros indígenas amazónicos hablan de los «castigos físicos» en la fase de investigación, así como de la privación de la libertad, o cárcel, que se aplica a la persona sea culpable o no. Un expresidente de la Federación de la Nacionalidad Kichwa de

Sucumbios (FONAKISE), egresado de la carrera de derecho, detalla con mayor precisión y conocimiento las sanciones de la justicia ordinaria:

"[...] son muy duras, lo primero que hacen, a pesar de que el caso no esté claro, detienen y apresan al supuesto infractor. O sea en la justicia ordinaria, lo primero consiste en privar de libertad a la persona, es decir, sin haber sido procesado ya es castigado. Entonces la sanción preeminente es la cárcel para todo delito. Así como, en el caso de un accidente de tránsito, los choferes y los carros van detenidos, después de las investigaciones recién sancionan: si solo son daños al vehículo, el culpable pagará los gastos de reparación y de curación de las personas afectadas, sin embargo el culpable sigue preso, es decir los sancionados son toda su familia. En el caso de que ha habido muertos pues se le sancionará con los años de rigor. En el caso de asesinato, el juez de lo penal, después de los procesos de investigación y sentencia, sanciona el culpable con varios años de cárcel.

En lo civil, por ejemplo en un caso de alimentos, según los procedimientos de la investigación las partes deberán presentarse y el juez sancionará dependiendo de la condición económica del deudor para que pague mensualmente una pensión, entonces la sanción es económica. Si fuera un caso de violencia en contra de la mujer, la comisaria de la mujer ordena una detención inmediata por ocho días como castigo, la sanción es la cárcel. Por un caso de robo la sanción será la devolución al propietario de lo sustraído, más la cárcel. Si hablamos de atentado a la honra y buen nombre de una persona, la sanción será la indemnización por todos los daños morales causados a la persona y si la persona afectada pide que se encarcele podría ser hasta que se efectuó el pago."

Conocimiento de los operadores y costos de la justicia ordinaria

El conocimiento general de las nacionalidades amazónicas es mínimo en cuanto a la identificación de las autoridades administradoras de justicia. Destacan a los policías, los militares, los fiscales y los jueces que son, según ellos, los que conocen «el libro de la justicia». También mencionan a las autoridades que mantienen mayor contacto con las comunidades que son los tenientes políticos, el intendente de policía y los comisarios. De igual manera, las nacionalidades de la Costa mencionan al teniente político, el fiscal y los jueces. Hablan también de los abogados pero no como autoridades, sino como actores del proceso de justicia.

Los indígenas conocen que los operadores de justicia del sistema ordinario reciben un salario pagado por el Estado. Las tres nacionalidades de la Amazonía coinciden en que los servidores públicos cobran a los usuarios por los trámites administrativos y que, en muchos casos, exigen dinero para cambiar testimonios, pruebas, procedimientos y sentencias.

Para los indígenas, el solo hecho de acudir a la justicia ordinaria implica una necesidad de contar con recursos económicos, de los que generalmente no disponen, para pagar el abogado defensor. Una dirigente de la nacionalidad Kichwa de la Amazonía testifica:

"El año pasado denunciarnos que unos colonos entraban a las casas y se robaban escopetas, comida, machetes y amenazaban con matarnos cuando les reclamábamos. Denunciamos a la policía y no hicieron nada, dijeron que no había una orden para ir a ver. Por lo tanto fuimos donde los militares y hablamos con el comandante y pedimos ayuda, ellos nos ayudaron. Fuimos al lugar y les cogieron presos y tenían nuestros machetes, nuestras escopetas. Luego los militares dijeron que era cosa de la policía y mandaron a la policía. Una vez ahí, la policía dijo que acusemos con un abogado pero como no teníamos dinero para pagarle no lo hicimos. Y, claro, después de tres días ya estaban libres."

Percepción de la justicia ordinaria por los pueblos y nacionalidades indígenas

Es importante recuperar los testimonios de hombres y mujeres indígenas de las nacionalidades amazónicas sobre su percepción en cuanto al sistema de derecho ordinario.

Un hombre Secoya menciona el carácter sancionador de la justicia ordinaria:

"El sistema ordinario, en lugar de ayudar a solucionar los problemas, muchas veces los empeora. Muchas veces personas sin culpa pagan prisión o personas que cometen pequeños delitos, en lugar de ser restituidos socialmente, son tratados como verdaderos delincuentes, lo que conduce a empeorar a las personas. La justicia ordinaria no previene el problema, sino que castiga sin intentar que las personas se mejoren. El sistema jurídico ordinario es muy demoroso, sirve para las personas que tienen capacidad económica para realizar trámites y pagar abogados."

Una mujer Secoya habla sobre la posibilidad de la utilización de la justicia ordinaria como última opción:

"Considero que el sistema es muy malo, podría servir como última instancia para sancionar a las personas que hacen demasiado mal a la comunidad. Este sistema no soluciona, sino genera castigos que lleva a más problemas".

De otra parte, un director de escuela de una comunidad Kichwa comenta sobre las limitaciones del sistema de justicia ordinario:

"El sistema ordinario ha sido utilizado por muchos indígenas, pero han salido perdiendo por desconocer cómo hacer y las palabras jurídicas utilizadas por abogados, fiscales y jueces. Existe mucha corrupción; se gana cuando hay plata y se pierde cuando no se dispone de dinero. Si se aplica la justicia y hay sanciones duras para los causantes de los problemas, pero también hay equivocaciones por la complejidad del proceso. Considero que no es tan bueno".

Una lidereza Kichwa da a conocer la importancia de las comisarías de la mujer para las mujeres indígenas:

"En el caso de las mujeres, no todos sus problemas se han podido resolver aquí en nuestra comuna. Hay muchos casos que se han ido a la otra justicia pero tampoco han tenido buenos resultados porque los investigadores son corruptos. Solamente la comisaría de la mujer ha hecho justicia por la mujeres maltratadas, no toda la justicia ordinaria es mala".

Una mujer Kichwa, exdirigente de la organización provincial, expresa claramente su concepción de la justicia ordinaria; habla tanto de sus limitaciones como de sus aciertos:

"Lo que conocemos es que esa justicia atiende los temas que surgen en sus pueblos, como robos, violaciones sexuales, peleas, asesinatos, hurtos, violencia contra la mujer, abandono de niños y niñas, problema de alimentos, etc. Pero nosotros hacemos valer nuestras organizaciones, arreglando los problemas ante nuestras autoridades. Es más fácil porque hablamos nuestro idioma, tenemos más confianza en nuestros líderes y sabemos que no son malos como los policías. Claro que hemos oído que la justicia ordinaria resuelve los problemas de la gente, pero hay muchas oficinas y leyes de las cuales, nosotros los Kichwas, no sabemos nada. No conocemos y no

sabemos lo que dice el juez o el abogado, por eso somos víctimas de robo de quienes piden plata para hacer pasar papeles o escribir a la conveniencia de cualquiera de las partes. Todo eso por dinero y no por solucionar los problemas. Pero creo también que ha de existir casos que resuelve la justicia ordinaria de manera justa".

Percepción de la justicia indígena por la población no indígena

La mayoría de los funcionarios y abogados de la justicia ordinaria desconocen la justicia indígena. Así lo demuestra el testimonio de un funcionario de la Sierra:

"Para decir la verdad no mucho, lo que se sabe es que hacen la justicia por su propia mano, pero exageran en sus castigos, ya que atentan a los derechos humanos, como colgarles con los brazos para atrás o situaciones que atentan a la dignidad humana".

Otro testimonio de un abogado no indígena en libre ejercicio de la ciudad amazónica de Lago Agrio evidencia la subordinación de la justicia indígena a la justicia ordinaria:

"La mayoría de los indígenas hablan y entienden el idioma castellano. No he tenido frecuentemente casos entre indígenas, pero sí he llevado casos en donde los procedimientos son iguales para todos los ciudadanos. Ha habido casos donde me han pedido que no se los lleve a los jueces, pero cuando ya está el proceso en manos de la justicia ordinaria ya no es retroactiva y una vez iniciada debe culminar en una resolución. Dentro de las leyes de la justicia ordinaria no se distingue al indígena, todos son iguales ante la ley y a todos se les aplica el mismo procedimiento. Creo que como pueblos milenarios debe haber existido un modo de resolver sus propios problemas. Considero que está muy bien que sean verdaderos pueblos resolviendo sus propios problemas, pero al no haber nada escrito pueden cometer injusticias; eso ya será responsabilidad de quienes lo resuelvan, deben pensarlo bien. No se distingue al negro, al indígena; es que la ley está hecha para todos. Pero ahora que hay el nuevo marco jurídico nacional habrá que tomar en cuenta esas particularidades. Nosotros no sabemos cómo resolverán los indígenas un problema dentro de su pueblo, no tienen leyes aprobadas, no hay un código especial, eso deben realizar las autoridades indígenas. Pero si algún indígena me pide a mí asumir un caso para su defensa yo lo haría con lo que existe escrito".

Según otro funcionario de la justicia ordinaria de la Sierra:

"Abusan de la norma constitucional; ya que no hay una ley secundaria que norme y legalice esta justicia, los indígenas están aprovechando. No se respeta el debido proceso, están a la búsqueda del sistema de justicia que mejor les convenga y no pueden ser juzgados sólo con un baño; quienes imponen las sanciones no tienen formación jurídica. Por ejemplo, en un caso de juicios de alimentos, cuando sale una resolución de alimentos es difícil capturar a un deudor indígena ya que se esconde en la comunidad y no hay forma de detenerle, no se le identifica plenamente. Esta justicia es una situación de barbarie y estas son las consecuencias de haber reconocido ciertos derechos y atribuciones. Las comunidades indígenas podrían resolver ciertas causas hasta una determinada cuantía y situaciones de violencia intrafamiliar a pesar de que no haya equidad. Inclusive, sin la debida formación, podrían ser susceptibles de soborno."

Incluso, un fiscal de la justicia ordinaria desconoce los avances logrados en la nueva Constitución, y sigue reivindicando el monismo jurídico:

"Son personas [indígenas] que desconocen los procedimientos. Siempre deben tener un abogado para que les defiendan. Son ciegos en la materia ya que no es su cultura, pero el país es unitario y hay un solo sistema jurídico al que tienen que someterse"

Recomendaciones de los pueblos y nacionalidades indígenas para el fortalecimiento de sus propios sistemas de justicia

A lo largo de la investigación, se encontró verdaderos sistemas de justicia indígena «vivos», es decir, vigentes, en movimiento, eficaces, útiles y vigorosos. La verificación más clara se pudo observar cuando se realizó los talleres de devolución de conocimientos durante los cuales los asistentes asumieron su discusión y debate con sumo interés y atención. Sin embargo, estos sistemas corren un grave riesgo de perder una de sus características más importantes: su carácter de prevención de conflictos. Esto podría comprometer su futuro como mecanismo activo de control social y de ejercicio del poder.

Conscientes de esta situación, las distintas nacionalidades indígenas investigadas identificaron la necesidad de fortalecer sus propios sistemas de justicia en el corto, mediano y largo plazo. Para esto, proponen varias medidas dirigidas tanto a ellos mismos, como pueblos y nacionalidades, como a la justicia ordinaria y la sociedad en su conjunto.

Autoridades tradicionales Secoyas

El ejemplo de la nacionalidad Secoya es determinante. Su sistema de justicia se debilitó una vez que se rompieron los esquemas de vida familiar basada en una gran casa maloca⁴ "*tuikë wé'e*". En esta casa existían dos tipos de autoridad: el "*iti pa'ikë*" que se preocupaba de la organización social y la consejería a la nueva generación y el "*yaje ukukë*" (chamán), autoridad espiritual que se encargaba de proteger a su pueblo de los malos espíritus y de la interconexión con los buenos espíritus. Ambas autoridades tenían diferentes roles. El "*iti pa'ikë*" era considerado una autoridad moral y se encargaba, sobre todo, de organizar y resolver las diferencias entre personas o familias. De la misma manera, existía también la "*iti pa'iko*", mujer de alto prestigio moral y social que se encargaba de aconsejar a las mujeres adolescentes. El rol básico tanto del "*iti pa'ikë*" y la "*iti pa'iko*" era, sobre todo, prevenir los problemas que pudieran suscitarse a nivel familiar y social. La prevención se basaba fundamentalmente en dar "consejos" desde la niñez hasta la adolescencia (principalmente en la etapa de cambio de voz, en los hombres, y luego de la primera menstruación, en las mujeres). En esta etapa, se inculcaba a los jóvenes cómo debían comportarse en la sociedad; se engendraba las normas y códigos sociales para el futuro. Mientras que el "*yaje ukukë*" era considerado un interlocutor entre el ser humano y los seres espirituales.

Tanto las malocas, como sistema de asentamiento y organización social, como las autoridades descritas ya no existen, a excepción del chamán. En el caso Secoya, han sido reemplazadas por asentamientos semiconcentrados y por las autoridades de las organizaciones de segundo grado, conocidas como asociaciones o federaciones. Los conocimientos tradicionales permanecen en manos de los chamanes. Esto no significa que la nacionalidad se encuentre en proceso de desestructuración, se trata de nuevas situaciones creadas por la modernidad que retan a estos pueblos a encontrar una respuesta nueva y creativa.

Recomendaciones

Para los pueblos y nacionalidades

Es indispensable desarrollar un proceso muy activo de conocimiento y formación entre las nacionalidades y pueblos indígenas sobre los derechos individuales y colectivos, como faculta la Constitución de 2008, así como los instrumentos internacionales vigentes para Ecuador, en especial el convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración y Plan de Acción de Durban sobre el Racismo, la Discriminación y la Xenofobia y la Declaración sobre los Objetivos del Milenio.

Igualmente, es importante investigar, recopilar y sistematizar la información sobre los procesos ancestrales de administración de justicia de las catorce nacionalidades y dieciocho pueblos indígenas con el propósito de elaborar un mapa etnográfico y jurídico georeferenciado del país como instrumento de apoyo y formación. Este ejercicio busca recuperar elementos perdidos o desaparecidos en las diferentes instancias de funcionamiento de los sistemas de derecho propio: procedimientos, sanciones, autoridades, normas y valores.

Las nacionalidades y pueblos indígenas plantean la necesidad de formar un grupo de hombres y mujeres especializado tanto en los sistemas de derecho indígena como en el sistema de derecho ordinario con la intención de que estas personas se conviertan en autoridades administradoras de justicia indígena y que cuenten con los debidos conocimientos y reconocimientos dentro de las comunidades. El pueblo Saraguro de la nacionalidad Kichwa, por ejemplo, ha nombrado autoridades dedicadas específicamente a esta labor y considera que las autoridades de los cabildos indígenas ya no deben ejercer esas funciones, sino estas nuevas autoridades.

También se plantea la incorporación de los conocimientos sobre los sistemas de derecho indígena en el proceso de aprendizaje de los niños, niñas y jóvenes, en las escuelas y colegios. Se trata de crear un espacio tanto de conocimiento como de consejería para difundir un elemento clave de los sistemas de derecho propio como la prevención. Se critica a la escuela actual ya que solamente se ha preocupado por la enseñanza de la lecto-escritura y el cálculo y ha olvidado las enseñanzas fundamentales.

Otro espacio de fortalecimiento sería la creación y mantenimiento de espacios de intercambio entre las autoridades ancestrales de cada nacionalidad y pueblos con el fin de compartir diversas formas de resolver los conflictos y cuestionar sus formas de administrar justicia. Todo sistema de justicia muestra aciertos y límites; aplica justicia pero también se excede en su poder. Este espacio podría generar normas que autoregulen los sistemas de derecho y sancionen las violaciones de los derechos fundamentales.

Para la justicia ordinaria

Un debate abierto es de qué manera se van a utilizar en favor de la justicia indígena los recursos financieros asignados por el Estado conforme establece el Art. 346 del Código Orgánico de la Función Judicial *"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 [y] 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"*. La propuesta de utilización de los recursos debe ser elaborada por el conjunto de las nacionalidades y pueblos indígenas que serán los encargados de señalar la forma de inversión y control de estos recursos.

En el campo de la coordinación y cooperación entre los sistemas de derecho indígena y el sistema de derecho ordinario está pendiente la discusión y aprobación de la ley secundaria prevista en la Constitución. Este mecanismo no es la única forma de relacionamiento, ya que las autoridades indígenas plantean la necesidad de realizar jornadas de debate y colaboración con las autoridades del otro sistema, en el ámbito local, provincial y nacional. Estas actividades serían de carácter formativo, de coordinación y colaboración. Hay muchos temas pendientes: remisión de casos, reclamos de competencia, acciones conjuntas de juzgamiento, uso de la fuerza pública, etc.

Se aspira a que todos los operadores de la justicia ordinaria (fiscales, jueces, defensores, policía judicial, militares, funcionarios judiciales), sobre todo aquéllos que actúan en provincias con presencia de población indígena, se incorporen de forma activa a un proceso de formación sobre los sistemas de derecho indígena, las normas constitucionales,

el derecho internacional vigente, la interculturalidad y la plurinacionalidad con el fin de contribuir a un verdadero ejercicio de la justicia que les corresponde impartir.

Para la sociedad en general

Es de especial importancia considerar la superación del imaginario que la sociedad ecuatoriana en su conjunto tiene sobre la aplicación de la justicia indígena, transmitida principalmente por los medios de comunicación masivos que la identifican solamente con los castigos físicos. Es indispensable contar con productos de difusión masiva sobre el verdadero sentido de la justicia indígena con el fin de superar el prejuicio preestablecido y mostrar su auténtica imagen y sentido; los pueblos y nacionalidades indígenas deben ser protagonistas en la elaboración de estos productos.

Finalmente, el deseo principal expresado por los pueblos y nacionalidades indígenas que participaron en la investigación, fue que la implementación de estas recomendaciones contribuya a la construcción real del estado plurinacional e intercultural que el Ecuador ha trazado en su Constitución.

* Este artículo fue elaborado por el equipo técnico de la OACDH-Ecuador, por el consultor Fernando García y los investigadores Wilson Criollo, Antonio Preciado, Freddy Pianchiche, Paco Chuji, Silvio Chiripua, Martha Vimos, Justino Piaguage y Atik Kurikamak.

- 1 Método clave de investigación utilizada en la antropología. Es una manera de recolectar datos en una forma no-estructurada en un ambiente natural por parte de antropólogos quienes observan y participan en las actividades cotidianas y no-cotidianas de las comunidades/culturas bajo investigación. Este método brinda un entendimiento intuitivo de lo que está pasando en una cultura.
- 2 Esta investigación se realizó de mayo a agosto de 2009 en el marco del Programa Desarrollo y Diversidad Cultural (Fondo para el logro de los ODM). Las comunidades donde se hizo la investigación fueron Santa Rosa (Eperará), Zapallo Grande (Chachi), Totoras y Linllin (pueblo Puruhá, Kichwa), San Pablo (Secoya), Cofán Dureno (Cofán) y Puyupungu (Kichwa).
- 3 El uso del reglamento escrito por parte de algunas nacionalidades indígenas forma parte del proceso de interlegalidad que viven desde el contacto colonial y luego republicano. Generalmente, se usa como un instrumento de registro de sanciones y, de ninguna manera, es una forma de «positivizar» su propio derecho.
- 4 La maloca es una casa comunitaria ancestral.



El caso La Cocha II

Un análisis jurídico
antropológico





El caso La Cocha II. Un análisis jurídico antropológico*

En la jurisprudencia de la justicia ordinaria ecuatoriana, a partir de la vigencia de la Constitución de 1998, existe un caso que constituye "el" ejemplo de reconocimiento del derecho indígena por parte del sistema de justicia ordinario.

Se trata del caso ocurrido en 2002, en la comunidad La Cocha, en la provincia de Cotopaxi. Las autoridades indígenas juzgaron un asesinato al interior de la comunidad de acuerdo con el derecho propio y luego, por acción de una de las partes involucradas, pasó al sistema de justicia ordinario. En septiembre de 2002, se llevó a cabo una audiencia preliminar ante el juez segundo de lo penal de Cotopaxi, encargado del juzgado tercero de lo penal, en donde el fiscal presentó el dictamen acusatorio que establecía la existencia del delito de asesinato y la culpabilidad de los acusados. El juez, de acuerdo con las normas constitucionales y legales y el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dictó la resolución de nulidad de todo lo actuado por el fiscal en virtud de que las acciones conocidas ya habían sido juzgadas en conformidad al artículo 191, inciso cuarto, de la Constitución Política del Ecuador de 1998.

En mayo del año 2010, en la misma comunidad, las autoridades indígenas juzgaron otro caso de asesinato; sin embargo, su desenlace no fue igual al del caso de 2002. Este nuevo caso de la justicia indígena se conoce como La Cocha II. Este documento analiza los avances, límites y retos de la administración de la justicia indígena, a partir de dicho caso.

El término "*administración de justicia indígena*"¹ se utiliza para referirse a los mecanismos a los que las comunidades indígenas recurren para resolver las tristezas (Ilaki)² o desarmonías internas. Cabe aclarar que solamente se usa con fines académicos, como una forma de transmitir conocimientos, ya que esta palabra no existe en la justicia indígena. Lo que desde el derecho ordinario se conoce como administración de justicia indígena es parte de las prácticas diarias en las comunidades indígenas. Estas prácticas están contempladas en la cosmovisión indígena, concepción holística donde no existe una distinción entre la esfera natural, social y la espiritual. Esto significa que la normatividad indígena no es algo que está separado o aislado, como si ocurre en el derecho ordinario con toda una institucionalidad estructurada y operadores especializados.

Como señalan varios estudios antropológicos, la administración de justicia indígena ha existido desde antes del nacimiento del Ecuador que hoy conocemos y ha funcionado de forma paralela a la constitucionalidad y legalidad. Las justicias de los pueblos y nacionalidades indígenas fueron reconocidas, por primera vez, en la Constitución de 1998, reconocimiento ratificado en la Constitución de 2008. A pesar de estos avances constitucionales, en la implementación del derecho ordinario así como de los organismos del Estado e incluso de los académicos y juristas, se observan criterios y prácticas deslegitimadores en contra de la justicia indígena.³

En la primera parte de este documento, se describirá el tratamiento que se dio al caso La Cocha II por parte de la administración de justicia indígena. Luego, se presentarán los pronunciamientos de varios representantes del Estado y los medios de comunicación social en cuanto al caso. En la tercera y cuarta parte, se revisará su tratamiento por parte de la justicia ordinaria así como de la justicia constitucional. Finalmente, se analizará el debate sobre la justicia indígena en el Ecuador desde la perspectiva del sistema internacional de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas.

Tratamiento del caso La Cocha II por parte de la justicia indígena⁴

La comunidad La Cocha está ubicada en la Parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, en la provincia de Cotopaxi. Presenta índices de extrema pobreza y un alto porcentaje de migración –especialmente de hombres jóvenes– hacia Quevedo, Latacunga, Quito y Guayaquil. Este fenómeno la convirtió en un sector altamente conflictivo por lo que las autoridades indígenas tuvieron que desarrollar normas y procedimientos para resolver problemas que antes no existían en la comunidad, como la presencia de pandillas juveniles o asesinatos, entre otros. Las sanciones características que la justicia indígena de La Cocha contempla, y que no necesariamente se aplican en otras comunidades, son el colgamiento, los azotes, la ortigada y los baños de agua fría.

El 9 de mayo de 2010, en horas de la noche, en el parque central frente a la iglesia de la parroquia Zumbahua, falleció por asfixia el joven Marcelo Olivo Pallo de la comunidad La Cocha. El 10 de mayo de 2010, los dirigentes de la comunidad La Cocha, Guantopolo y de la Unión de Organizaciones Campesinas e Indígenas de La Cocha (UNOCIC) son informados de la muerte de Marcelo Olivo Pallo y proceden a nombrar una comisión de averiguaciones para esclarecer el caso. Los sospechosos de la muerte son cuatro jóvenes: Flavio Hernán e Iván Candejejo Quishpe, Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga, de la comunidad Guantopolo. Posteriormente, la comisión determinaría que Manuel Orlando Quishpe Ante también habría participado en el acto.

La comunidad de Guantopolo, junto con los familiares de los sospechosos, decide entregarlos a las autoridades de la comunidad La Cocha para que sean juzgados y resuelvan el caso: "*Tanto la familia de la víctima como de los presuntos victimarios aceptan y solicitan que los jueces comunitarios actúen*"⁵.

La noche del 15 de mayo de 2010, la comisión de averiguaciones confirma que los jóvenes mencionados participaron en el asesinato de Marco Antonio Olivo y que el principal sindicado era Manuel Orlando Quishpe Ante.

Previa convocatoria, el domingo 16 de mayo de 2010, se reúne la asamblea general, en donde se informa los resultados de las averiguaciones e intervienen los familiares de los involucrados, los dirigentes indígenas, los familiares, los sospechosos

"quienes han aceptado la responsabilidad y relatan pormenorizadamente inclusive delante de policías lo ocurrido"⁶. Posteriormente, se decide imponer las siguientes medidas de reparación, corrección y rehabilitación a los cuatro cómplices: una indemnización de cinco mil dólares a los familiares del fallecido, quienes decidieron entregar dicha cantidad a la comunidad en su beneficio para la compra de equipos y materiales; la prohibición de ingresar a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de cinco años; la expulsión de la comunidad de los implicados durante dos años y la rehabilitación por parte de sus familiares, un baño de agua fría y ortigada durante treinta minutos; cargar desnudos un quintal de tierra, dar la vuelta a la plaza y expresar una disculpa pública; y recibir un latigazo de cada uno de los dirigentes de las comunidades.⁷

El 23 de mayo de 2010 se reúne nuevamente la asamblea general para "*juzgar y sancionar a Orlando Quishpe*"⁸ como autor material del asesinato. Se impuso las siguientes medidas de reparación, corrección y rehabilitación: dar una vuelta a la plaza desnudo cargando un quintal de tierra y expresar una disculpa pública, someterse a un baño de agua y ortigada durante cuarenta minutos; recibir consejos por parte de los dirigentes indígenas; realizar trabajo comunitario durante cinco años con seguimiento y evaluación; e indemnizar a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares.⁹

Con la presentación de la noticia a las autoridades comunitarias, la investigación, la sanción y su ejecución, se cumplió el debido proceso. De esta manera, el caso de la muerte del señor Marcelo Olivo Pallo fue juzgado y ejecutoriado y, por tanto, ya no puede ser revisado por la justicia ordinaria, sino únicamente por la Corte Constitucional en caso de que durante el proceso se hubiese violentado los derechos humanos, los cuales deberían ser analizados desde una perspectiva intercultural.

Una mirada desde las instituciones del Estado y la prensa

En el Ecuador, como en otros países de la región con alta población indígena, el tema de la justicia indígena provoca reacciones fuertes y negativas por parte de importantes sectores de la población mestiza y blanca. Después de que varios medios de comunicación social difundieran el rumor de la posible imposición de la pena de muerte a los involucrados, representantes de varias instituciones del Estado criticaron fuertemente el caso de La Cocha II.

La primera reacción vino del Fiscal General del Estado, quien afirmó públicamente que el castigo a la pena de muerte *"no procede porque no están contempladas en la normativa legal ecuatoriana"*¹⁰ y que iniciará *"dos investigaciones: una, en torno a la muerte del aborígen y otra, a los líderes indígenas por presuntamente haber 'secuestrado' a Quishpe por 15 días"*. El Fiscal General dijo además que *"el asesinato del aborígen 'no puede quedar en la impunidad' y manifestó que los líderes indígenas que aplicaron latigazos al implicado no son los jueces competentes para tratar un caso de este tipo"*. De otra parte, un asambleísta, refiriéndose al proyecto de ley de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y ordinaria, sostuvo que *"es sumamente importante la regulación del proceso de justicia indígena, porque las comunidades están aplicando prácticas crueles y denigrantes que se han enseñoreado en algunas poblaciones"*¹¹.

El Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, refiriéndose a la actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, afirmó en una entrevista: *"Prevalidos de una autoridad específica dentro de sus comunidades pretendieron ajusticiar o hacer justicia con mano propia frente a los que debieron haber sido juzgados [...] en el tema del asesinato de la muerte, del homicidio del chico en Zumbahua, lo que sucede obviamente, se comete un delito que es totalmente diferente, es totalmente diferente ese delito con este mecanismo de administración de justicia que también violenta derechos solapado por el tema de la justicia indígena pero que determina también una serie de delitos que se cometen y esto desde la perspectiva no de lo que manifiesta el Gobierno, no de lo que podemos manifestar desde una visión mestiza, esto es lo que determinan, los jóvenes ciudadanos en este momento están ya con una orden de prisión preventiva y recluidos en la cárcel número 4 de la ciudad de Quito"*¹².

Asimismo, el Presidente del Consejo de la Judicatura declaró que se debía poner límites y que *"un asesinato tiene que ser sentenciado por la ordinaria"*¹³. Además, el Presidente de la República aseguró que *"la ley indígena es comprensible siempre y cuando no se atente contra la Constitución y los derechos humanos. Asimismo recordó que la justicia indígena es recomendable cuando se trate de juzgar conflictos internos como el adulterio, los robos menores, pero no cuando se trate de faltas como el asesinato"*¹⁴. Agregó que *"se debe aplicar la justicia indígena pero como dice la Constitución, para asuntos internos de la comunidad como disputas de terreno, hurto, incluso problema familiares, pero no se puede aplicar esta para casos graves como violación, asesinato, estos casos deben ser tratados bajo la justicia ordinaria"*¹⁵.

De otra parte, según un seguimiento realizado a El Comercio, uno de los periódicos de circulación nacional, durante el periodo comprendido entre el 1 de mayo y el 17 de julio de 2010, se puede afirmar que los medios de comunicación distorsionaron este debate. El estudio muestra que *"se han generado 29 noticias y editoriales referente al tema de la justicia indígena, de los cuales el 100% contiene opiniones despectivas y de deslegitimación de la justicia indígena"*¹⁶.

Tratamiento del caso La Cocha II por parte de la justicia ordinaria

Debido al seguimiento a los pronunciamientos públicos efectuado por parte de varias autoridades estatales, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y la Fiscalía de la Nación intervienen en el caso La Cocha II. Por pedido de ambos organismos, el viernes 27 de mayo, en horas de la madrugada, las cinco personas que fueron juzgadas por las autoridades de la comunidad La Cocha se entregan voluntariamente a la justicia ordinaria. En seguida, *"el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi da inicio a la etapa de instrucción fiscal, por el presunto delito de homicidio, expide medidas cautelares de orden personal y son trasladados inmediatamente a la Cárcel Número 4, de la ciudad de Quito"*¹⁷, donde son recluidos durante un año y liberados por la prescripción de la prisión preventiva.

A partir de la versión de los cinco detenidos *"que aseguran haber sido torturados y extorsionados por las autoridades de la comunidad La Cocha, el 31 de mayo de 2010, el Fiscal de la Provincia de Cotopaxi, da inicio a una indagación previa, solicitando detención provisional para siete autoridades de esa comunidad"*¹⁸.

El 4 de junio de 2010, los dirigentes Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y José Ricardo Chaluisa Cuchiparte son detenidos y *"trasladados en un fuerte operativo policial a las instalaciones de la Comandancia General de Policía número 13; se recepta en esa sede las versiones. Posteriormente, en horas de la tarde, son trasladados al Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, donde se apertura la instrucción fiscal por presunto delito de plagio agravado y se expiden las medidas cautelares de orden personal"*¹⁹. Con fundamento en el artículo 428 de la Constitución, se suspendió el trámite de la causa y se remitió en consulta a la Corte Constitucional para que decidiera si los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, que facultan el inicio de la instrucción fiscal, son constitucionales o no ya que, en este

caso, las autoridades actúan en la administración de justicia conforme lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución. Esto resulta contradictorio ya que si se suspendió el trámite hasta que la Corte Constitucional determinara la constitucionalidad de las normas que se aplicó para iniciar la instrucción fiscal, no se debió proceder ni ordenar la prisión preventiva de los destinados, justamente por esa duda.

El mismo día, se presentó el recurso de amparo de libertad. Por la noche y después de que el Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi ordenara el traslado de las autoridades indígenas a la cárcel de la ciudad de Latacunga, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia (Cotopaxi) decidió ordenar su libertad inmediata debido a la expresa contradicción del Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi. Asimismo, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi fue sancionado con suspensión de funciones durante tres meses con sueldo, con autorización del Presidente del Consejo de la Judicatura, quien argumentó que *"la decisión de esta autoridad había ocasionado conmoción pública"*²⁰.

Sobre la base de este análisis, el fiscal de Cotopaxi, el Consejo de la Judicatura, así como los jueces Segundo y Tercero de lo Penal de Cotopaxi, habrían incumplido los mandatos del artículo No. 171, inciso segundo y No. 76, numeral 7, literal i, de la Constitución de la República del Ecuador, al iniciar un nuevo juzgamiento en contra de los cinco involucrados por la muerte de Marcelo Olivo Pallo, criminalizar las actuaciones jurisdiccionales constitucionales de los dirigentes de la comunidad La Cocha e iniciar el juicio por supuesto delito de plagio agravado.

Tratamiento del caso La Cocha II por parte de la justicia constitucional

Después de los dos juicios principales –el primero, del presunto homicidio de Marco Olivo Pallo y el otro, del plagio de las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha– Víctor Olivo Pallo (hermano de la víctima) presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la decisión de las autoridades de la comunidad La Cocha, para que la Corte Constitucional determinara si se vulneró o no los derechos humanos durante el proceso de administración de justicia.

La presentación de esta garantía procesal constitucional permitiría acceder a la sede constitucional y esperar a que ésta emitiera los criterios necesarios de reconocimiento

y promoción de este derecho colectivo. Debido a la ausencia de una ley de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, dicha acción extraordinaria fue imperativa para que la Corte Constitucional definiera el ámbito de aplicación, los principios rectores y el desarrollo de la administración de la justicia indígena en general.

Esta acción fue presentada el mes de junio de 2010. Durante su trámite se elaboró tres documentos clave: un proyecto de sentencia elaborado por el juez ponente, un peritaje antropológico elaborado por la especialista colombiana en antropología jurídica Esther Sánchez Botero –quien actuó como perito ante la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos– y un informe elaborado por la Secretaría Técnica de la Corte Constitucional. Después de la presentación de la acción extraordinaria de protección, los representantes de las comunidades La Cocha y Guantopolo solicitaron, en varias ocasiones, que se emitiera una decisión definitiva; sin embargo, esta causa no ha sido resuelta hasta el momento de redactar este documento.

En la misma época en que se presentó esta acción constitucional, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República pidió una acción de interpretación constitucional del artículo No. 171, cuya resolución asimismo se encuentra pendiente.

Mientras tanto, la instrucción fiscal de los cinco involucrados en el homicidio cumplió el plazo después del cual debían recuperar la libertad por ofrecimiento del exministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, sin obtener ninguna respuesta. La defensa de los imputados en el caso de Marco Olivo Pallo, proporcionada por la Defensoría Pública Nacional, nunca argumentó que no podían ser juzgados dos veces por el mismo delito.

Después de cumplir un año de detención, los cinco involucrados recuperaron su libertad debido, fundamentalmente, a la amenaza de caducidad de la prisión preventiva.

De todas las actuaciones jurisdiccionales descritas, sólo en una –la imposición de prisión preventiva de las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha– se aceptó, aunque en calidad de duda, la vigencia de la justicia indígena.

Perspectiva de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tiene la facultad de nombrar Relatores Especiales, expertos independientes que examinan, vigilan, asesoran e informan públicamente las violaciones de los derechos humanos en un país o un fenómeno importante relativo a las violaciones de los derechos humanos en el mundo.

En cuanto al tema de la administración de la justicia indígena en el Ecuador, dos Relatores Especiales de las Naciones Unidas se pronunciaron públicamente y enfatizaron que se debería evitar polémicas basadas en un desconocimiento de los fundamentos y prácticas de la justicia indígena.

En un comunicado de prensa de junio 2010, James Anaya, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, expresó una profunda preocupación por el ambiente de polarización que parece haber surgido de los comentarios realizados en los medios de comunicación y las declaraciones de las autoridades gubernamentales del Ecuador respecto al caso La Cocha II. El Relator opinó que *"trascienden la crítica razonable y ponderada de un caso concreto de aplicación de la justicia indígena y corren el riesgo de ser percibidos como posiciones que alientan visiones racistas y discriminatorias contra el conjunto de los pueblos indígenas del Ecuador"*²¹. Además dijo que *"resulta contraproducente para la construcción del Estado intercultural y plurinacional que declara la nueva Constitución del Ecuador que se llegue a calificar de salvaje y violatoria de los derechos humanos a toda expresión de la justicia indígena, basados en información parcial e incompleta de medios de comunicación sobre un caso ocurrido el 9 de mayo 2010 en la comunidad de La Cocha, Provincia de Cotopaxi"* (ibid.).

De esta manera, el Relator Especial instó a la sociedad y las autoridades ecuatorianas a reconocer el funcionamiento efectivo y pacífico de las justicias ancestrales en la enorme mayoría de casos, y a no confundir casos de justicia por mano propia y hechos de violencia tumultuaria con las genuinas expresiones de la justicia indígena. Según Anaya, esto revela la necesidad de *"un proceso de mayor diálogo con las autoridades indígenas y conocimiento de las justicias ancestrales, así como el apoyo de análisis jurídico-antropológicos, especialmente en el tema de los derechos humanos"* (ibid.).

De otra parte, el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, después de visitar el Ecuador en julio 2010, destacó que los medios de comunicación y los funcionarios confunden con demasiada frecuencia los linchamientos con la justicia indígena. Según Alston, esta confusión es "*fruto de la ignorancia*" y "*refuerza los estereotipos racistas y aviva el sentimiento anti-indígena*"²². Durante su visita, los funcionarios que conocen el tema señalaron que no tenían conocimiento de ninguna muerte como resolución de la justicia indígena desde hacía mucho tiempo. El Relator Especial recomendó al gobierno ecuatoriano que elaborara "*una estrategia para afrontar el problema de los linchamientos en consulta con expertos, la sociedad civil y las organizaciones indígenas y rurales*".²³

De acuerdo con el análisis de los Relatores Especiales, los representantes de las instituciones del Estado y la prensa en general confunden la justicia indígena con los linchamientos y justicia por mano propia. Sus criterios no concuerdan con las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales respecto al tema e incluso existen calificativos etnocéntricos e interlegales, que no permiten un diálogo intercultural, discutir los puntos de discrepancia ni buscar acuerdos mutuos.

A manera de conclusión

Los pueblos y nacionalidades indígenas cuentan con diversas prácticas de administración de justicia ancestrales con reconocimiento constitucional en pie de igualdad con la justicia ordinaria; sin embargo, siguen siendo fuente de debates polarizados y polémicos en el Ecuador. El análisis jurídico y antropológico del caso La Cocha II muestra que el sistema de justicia ordinario todavía no logra incorporar ni aplicar el reconocimiento constitucional de la administración de la justicia indígena.

Hasta el momento de redactar esta publicación, existían cuatro peticiones pendientes en la Corte Constitucional: la consulta constitucional del presunto delito de plagio imputado a las autoridades indígenas en la comunidad La Cocha, la consulta constitucional del presunto delito de asesinato imputado a cinco jóvenes indígenas de la comunidad La Cocha, la acción extraordinaria de protección presentada por el hermano de la víctima y, finalmente, la interpretación constitucional del artículo 171 presentada por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

El caso de La Cocha II significó una oportunidad para que la Corte Constitucional se pronunciara sobre la aplicabilidad del reconocimiento constitucional de los derechos colectivos. De esta manera, todas las partes involucradas, es decir las justicias ordinaria e indígena, las instituciones del Estado, los movimientos indígenas y la sociedad, se enfrentan a dos retos clave: un diálogo intercultural en plano de igualdad, que implica cambios mutuos, consensuados y voluntarios, y la interpretación intercultural de los derechos humanos.

Para realizar una interpretación intercultural de los derechos humanos, es necesaria la creación de un mecanismo intercultural de revisión dentro de la Corte Constitucional. Dicho mecanismo, como aseguró el Relator Especial de los pueblos indígenas durante una videoconferencia con los asambleístas ecuatorianos²⁴, podría fomentar el desarrollo de una interpretación intercultural de los derechos humanos, sin que prime la visión universalista de los patrones occidentales ni el relativismo cultural. Uno de los principios básicos de los derechos humanos es la universalidad, entendida como la igualdad de derechos y dignidad de todos los seres humanos sin discriminación alguna; no obstante, para su efectiva promoción, respeto y protección, es preciso atender las distintas visiones y características de cada pueblo y cultura. Este mecanismo de revisión intercultural permitiría identificar los puntos de coincidencia y de discrepancia, los cuales serían objeto de un análisis profundo cuyo objetivo sería encontrar respuestas innovadoras desde la perspectiva intercultural que permitan la convivencia de diversas cosmovisiones en un país unitario, conforme a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El nuevo marco constitucional de 2008 transformó al Estado ecuatoriano en un Estado plurinacional e intercultural. La Cocha II invita a la Corte Constitucional a mirar e interpretar la vigencia de los derechos humanos desde una perspectiva intercultural y pronunciarse sobre la realidad jurídica de este nuevo Estado.

- * Este artículo ha sido elaborado por el equipo técnico de la OACDH-Ecuador con sus consultores Raúl Llasag y Carlos Poveda.
- 1 Raúl Llasag Fernández, "Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso La Cocha", in Programa Andino de Derechos Humanos (comp.), *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya Yala, Quito, 2011, pp. 93-94.
 - 2 *Llaki*, en Kichwa, significa "tristeza".
 - 3 Raúl Llasag Fernández, Constitucionalismo y pluralismo jurídico: *Balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho Indígena en el Ecuador*, <http://www.ibcperu.org/doc/jisis/12667.pdf>
 - 4 El relato de los acontecimientos en la Cocha está basado en el artículo de Raúl Llasag Fernández, supra 1.
 - 5 Carlos Poveda Moreno, "La Cocha: 2002-2010 retrocesos en un estado constitucional de derechos, justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico" en *Novedades Jurídicas*, Año VII, Quito, julio 2010, p. 12.
 - 6 Ibid.
 - 7 Acta número 24 de "Solución de conflictos por muerte suscitado en la parroquia Zumbahua y juzgado en la Comuna la Cocha".
 - 8 Carlos Poveda Moreno, supra 5.
 - 9 Acta de Asamblea del día domingo 23 de mayo del 2010.
 - 10 BBC Mundo, periódico digital, en http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/05/100526_0713_ecuador_justicia_indigenas_cr.shtml
 - 11 Comisión Andina de Juristas Perú, en http://www.cajpe.org.pe/gep/index.php?option=com_content&view=article&id=1034:ecuador-justicia-indigena-busca-cooperacion-&catid=54:pueblos-indigenas-noticias&Itemid=105.
 - 12 Ibid.
 - 13 Ecuador inmediato, periódico instantáneo del Ecuador, 24 de noviembre de 2010, en <http://www.ecuadorinmediato.com/>.
 - 14 Periódico digital "El Ciudadano.gob.ec", http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=14937:presidente-correa-denuncia-que-cierta-dirigencia-indigena-pretende-enganar-a-sus-bases-&catid=1:actualidad&Itemid=42; visita: 24 de noviembre de 2010.
 - 15 Periódico digital "El Ciudadano.gob.ec", http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=14933:residente-aseguro-que-nadie-pretende-eliminar-la-justicia-indigena-&catid=1:actualidad&Itemid=42; visita: 24 de noviembre de 2010.
 - 16 Raúl Llasag Fernández, supra 3.
 - 17 Carlos Poveda Moreno, supra 5, pp. 12 y 13.
 - 18 Ibid, p. 13.
 - 19 Ibid.
 - 20 Ibid.
 - 21 J. Anaya "La clave está en el diálogo". Recuperado en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10128&LangID=S>
 - 22 Consejo de derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión al Ecuador*, UN Doc. A/HRC/17/28/Add.2, 9 de mayo de 2011, p16.
 - 23 Ibid.
 - 24 <http://unsr.jamesanaya.org/esp/videos/video-conferencia-asamblea-nacional-del-ecuador>

Bibliografía

"Solución de conflictos por muerte suscitado en la parroquia Zumbahua y juzgado en la Comuna La Cocha", Acta 24.

Acta de Asamblea de la Comuna La Cocha del día domingo 23 de mayo del 2010.

Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, causas 731 10 EP y 0036 10 CN.

LLASAG, Raúl, *Constitucionalismo y pluralismo jurídico: Balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho Indígena en el Ecuador*. Recuperado en <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12667.pdf>

POVEDA, Carlos "La Cocha: 2002-2010 retrocesos en un estado constitucional de derechos, justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico", en *Novedades Jurídicas*, 2010.

BBC Mundo [en línea], *Ecuador: justicia indígena pone a prueba al Estado*, recuperado el 26 de mayo de 2010 en http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/05/100526_0713_ecuador_justicia_indigenas_crs.html

El Ciudadano [en línea], *La justicia indígena debe estar sometida al respeto y la garantía de los derechos humanos*, recuperado el 30 de mayo de 2010 en http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=13363:la-justicia-indigena-debe-estar-sometida-al-respeto-y-la-garantia-de-los-derechos-humanos-&catid=21:entrevistas&Itemid=46

El Ciudadano [en línea], *Presidente Correa denuncia que cierta dirigencia indígena pretende engañar a sus bases*, Recuperado el 18 de julio de 2010 en http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=14937:presidente-correa-denuncia-que-cierta-dirigencia-indigena-pretende-enganar-a-sus-bases-&catid=1:actualidad&Itemid=42



El Ciudadano [en línea], Presidente aseguró que nadie pretende eliminar la justicia indígena, Recuperado el 18 de julio de 2010 en http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=14933:presidente-aseguro-que-nadiepretende-eliminar-la-justicia-indigena-&catid=1:actualidad&Itemid=42

Vistazo [en línea], *No existe una justicia indígena paralela*, Recuperado en <http://www.vistazo.com/ea/pais/?elmpresa=1027&id=3361>

Programa regional derechos fundamentales y justicia regional andina [en línea], *Ecuador. Justicia indígena busca cooperación*, Recuperado en http://www.cajpe.org.pe/gep/index.php?option=com_content&view=article&id=1034:ecuador-justicia-indigena-busca-cooperacion-&catid=54:pueblos-indigenas-noticias&Itemid=105



Principales observaciones y recomendaciones del sistema de protección de las Naciones Unidas sobre la justicia indígena en Ecuador



Principales observaciones y recomendaciones del sistema de protección de las Naciones Unidas sobre la justicia indígena en Ecuador

Definiciones preliminares¹

El derecho internacional de los derechos humanos está compuesto de normas y principios que los Estados se han comprometido a respetar en todo lugar, en cualquier tiempo y respecto a todas las personas, sin discriminación alguna. Cuando un Estado decide, de forma soberana, suscribir y ratificar un tratado internacional de derechos humanos, asume las obligaciones o deberes de respetar, proteger y realizar estos derechos. La obligación de *respetar* significa que el Estado debe abstenerse de interferir o limitar el disfrute de los derechos humanos. La obligación de *proteger* exige que el Estado tome las medidas necesarias para prevenir, impedir, investigar y sancionar los abusos o violaciones contra los derechos humanos cometidos por cualquier persona o grupo. La obligación de *realizarlos*, o hacerlos efectivos, significa que el Estado debe adoptar políticas y medidas positivas que faciliten o incrementen el disfrute de los derechos humanos.

Un aspecto fundamental del esfuerzo internacional para la promoción y defensa de estos derechos es el establecimiento del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos; es decir, el conjunto de normas y mecanismos creados por los propios Estados para garantizar el cumplimiento de sus compromisos en materia de derechos humanos. Con el fin de entender mejor este andamiaje normativo-institucional, que a primera vista puede parecer un tanto complejo, se lo puede dividir metodológicamente en dos áreas o pilares principales. De una parte, se encuentran los instrumentos internacionales de derechos humanos, como tratados, pactos, convenios o declaraciones; de otra, las instituciones y mecanismos encargados de vigilar y promover el cumplimiento de este marco normativo, es decir, los órganos creados en virtud de los tratados, los procedimientos especiales, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) y el Examen Periódico Universal (EPU)², entre otros.

Tanto los órganos de los tratados como los procedimientos especiales y el EPU, a partir de fuentes y metodologías diferentes, se encargan de elaborar periódicamente estados de situación sobre los derechos humanos. Estos mecanismos, teniendo en cuenta la información que reciben y que analizan basados en su experticia e independencia, emiten recomendaciones para cada Estado, con el fin de orientar y apoyar el mejor cumplimiento de su deber de hacer efectivo el goce universal de estos derechos. Sin embargo, para que el Sistema Universal de Protección logre sus objetivos, es indispensable que tanto el Estado como la sociedad civil comprendan la importancia que pueden tener estos mecanismos para su propio trabajo, y el papel que pueden jugar para apoyarlos. Es fundamental que conozcan las formas en que pueden utilizar los órganos de los tratados, los procedimientos especiales y el EPU para impulsar una mayor vigencia de los derechos humanos y el logro de los objetivos de desarrollo en el ámbito nacional.

Recomendaciones provenientes de los órganos de los tratados

Los órganos creados en virtud de los tratados son comités de expertos independientes, que se encargan de dar seguimiento a la implementación de los tratados internacionales de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas. En cada tratado, además de las normas referidas a los derechos específicos, hay otras que crean un órgano o comité de seguimiento. Por eso, cuando un Estado ratifica un tratado de derechos humanos –que prevalece sobre las demás leyes de acuerdo con la Constitución de

Ecuador– asume el deber legal de respetar y hacer respetar todos los términos del tratado, que incluyen las obligaciones asumidas respecto del comité de seguimiento. Ésta es la base legal que faculta al comité de dar seguimiento al desempeño de un Estado respecto de las obligaciones de dicho tratado.

Los comités deben establecer la diferencia que existe entre las obligaciones asumidas por el Estado en un tratado de derechos humanos y la situación real del disfrute de estos derechos por parte de las personas que viven en el país. Las fuentes de información incluyen el informe oficial del gobierno (informe del Estado Parte) y otras informaciones o informes independientes de contrapartes no gubernamentales (sociedad civil, prensa, ONG, Defensoría del Pueblo, agencias, fondos y programas de la ONU, etc.). Una vez recibidos los informes, se entabla un diálogo con representantes del Estado, cuyo desenlace serán las "observaciones finales" en las que el comité emite recomendaciones para el Estado. En estas recomendaciones se describe las acciones que, desde la experticia y experiencia del comité, se considera necesario adoptar para el mejor cumplimiento de esas obligaciones y por ende un mayor respeto y garantía de los derechos humanos.

Recomendaciones provenientes de los procedimientos especiales

El término procedimientos especiales se refiere a los mecanismos y procedimientos establecidos por el Consejo de Derechos Humanos (CDH), máximo organismo intergubernamental de las Naciones Unidas en esta materia, para analizar temas específicos o situaciones de un país en cuanto a los derechos humanos. Los procedimientos especiales pueden estar referidos a un individuo (llamado "Relator Especial", o "Experto Independiente") o a un grupo de trabajo, usualmente integrado por cinco miembros. Los que reciben este mandato lo hacen en su capacidad personal; no son funcionarios de la ONU ni reciben un salario o compensación financiera por su trabajo. Su condición de expertos independientes ayuda a minimizar cualquier tipo de injerencia política. Para llevar a cabo su trabajo, dependen de las invitaciones y de la cooperación de los gobiernos. Son nombrados por el CDH y su trabajo es auspiciado y asistido por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH).

Dentro del marco de sus mandatos, los procedimientos especiales pueden visitar países o territorios específicos para examinar, dar seguimiento, asesorar e informar públicamente sobre la situación de los derechos humanos, enviar las comunicaciones

directamente a los gobiernos y, en otros casos, buscan crear conciencia en el público sobre un tema específico por medio de comunicados de prensa y otras declaraciones públicas.

La mayor parte de los informes y estudios que han sido preparados por los procedimientos especiales son públicos. A través de sus investigaciones y misiones para conocer una situación concreta, los procedimientos especiales pueden identificar las causas, la evolución, las tendencias y la complejidad de ciertas problemáticas de derechos humanos, destacar las buenas prácticas iniciadas por el gobierno y por la sociedad civil y hacer recomendaciones. Si bien estas recomendaciones han surgido de un procedimiento diferente al que corresponde a los órganos de los tratados, en ambos casos se detallan las medidas que consideran necesario sean adoptadas para remover ciertos obstáculos y para fortalecer los entornos político, institucional, jurídico, judicial y administrativo para la promoción y protección de un cierto derecho. La adecuada atención a estas recomendaciones debería formar parte de la agenda de trabajo en materia de derechos humanos de los gobiernos, la sociedad civil y la cooperación internacional.

En este contexto, la presente contribución, recoge las principales recomendaciones dirigidas al Ecuador por los órganos de los tratados y los procedimientos especiales sobre la administración de justicia indígena, con el objetivo de promover su conocimiento y aplicación efectiva. Entre ellas contamos con las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2010), del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (2011), así como del Comité para la eliminación de la discriminación racial (2008).

I. Avances y desafíos en el reconocimiento de la jurisdicción indígena en Ecuador - Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

Luego de su visita al país, en diciembre de 2009, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, emitió algunas recomendaciones sobre las iniciativas del Gobierno para el reconocimiento de la jurisdicción indígena³.

A continuación transcribimos algunas de especial relevancia para la justicia indígena:

9. Como paso preliminar, es fundamental desarrollar un proceso de intercambio de información, entendimiento y capacitación entre las autoridades estatales judiciales y las autoridades indígenas sobre los diversos sistemas de justicia. Al respecto, el Relator Especial toma nota con agrado de lo dispuesto en el artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que 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 [...] [y] 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"*⁴. El Relator Especial espera que éste y otros procesos de capacitación e intercambio de información entre autoridades indígenas y estatales ayuden a las autoridades de la justicia ordinaria a mejorar el desempeño de sus propias funciones y a evitar cualquier perjuicio en contra de las normas y prácticas culturales de los pueblos indígenas.
10. También es aconsejable que las partes interesadas impulsen coordinadamente un proceso de fortalecimiento de los propios sistemas de justicia de las comunidades y pueblos indígenas. El Estado debería asegurar el apoyo técnico y financiero para tal fin. Este proceso conllevaría la valoración y rescate, por parte de cada pueblo indígena, de sus propios conocimientos y prácticas relacionadas con la resolución de conflictos y la administración de justicia. Además, se requiere la formación y capacitación de las autoridades indígenas encargadas de administrar justicia sobre el funcionamiento básico de la jurisdicción estatal ordinaria y sobre los principios internacionales de los derechos humanos. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta que los sistemas de administración de cada comunidad y pueblo indígena necesitarían tener un carácter dinámico, el cual les permitiría evolucionar a situaciones y contextos futuros de manera congruente con sus propios preceptos culturales, sociales y políticos.
11. En segundo lugar, el Relator Especial considera que es importante que cualquier sistema de coordinación entre ambas jurisdicciones sea suficientemente flexible, tomando en cuenta el contexto particular de cada comunidad, pueblo y

nacionalidad indígena del país. El Relator Especial quisiera reiterar lo observado en su informe de junio de 2008 sobre el proceso de revisión constitucional, donde se señala que el proceso de definición de nuevas circunscripciones territoriales indígenas podría prever la convergencia de autoridades indígenas y no indígenas según las circunstancias, asegurando como principio fundamental que las autoridades y el derecho indígena no sean suprimidos por dicha configuración territorial y que, en su lugar, se acomode y fortalezca la autonomía indígena de acuerdo a patrones tradicionales⁵.

12. En este sentido, es importante observar las facultades que las autoridades indígenas han estado ejerciendo de facto y asegurar de esa manera que se le otorgue un valor jurídico dentro del sistema estatal ordinario a las decisiones que toman día a día en la administración de justicia. De otro lado, es necesario revisar aquellos casos en que la jurisdicción ordinaria esté conociendo asuntos que la jurisdicción indígena normalmente conoce o que pueda resolver mejor. Los mecanismos de coordinación deben considerar la posibilidad de que la jurisdicción indígena no se limite únicamente a hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de una comunidad o pueblo en particular y que la jurisdicción indígena sea apropiada no solamente respecto a conflictos internos entre miembros de la misma comunidad o pueblo indígena. Es importante otorgar un significado amplio al concepto de conflictos internos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con el fin de evitar que se impongan restricciones arbitrarias a la jurisdicción indígena en favor de la jurisdicción ordinaria, así como preservar los principios de coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones. Asimismo, es necesario crear espacios fluidos y flexibles para facilitar un diálogo intercultural entre las autoridades de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.
13. Para poder resolver los diversos posibles conflictos sobre competencias jurisdiccionales que puedan suscitarse en este contexto, se podría contemplar la creación de un mecanismo especial con poder de decisión para resolver tales conflictos, dentro de un marco de flexibilidad y orientación práctica. Un mecanismo de esta naturaleza podría estar compuesto por un conjunto de autoridades de la jurisdicción indígena y de la jurisdicción ordinaria y, en todo caso, debería representar un verdadero espacio de diálogo y decisión intercultural.
14. Tercero, es fundamental que las normas internacionales y el respeto de los derechos humanos sirvan como marco de referencia tanto para la justicia ordinaria como

para la justicia indígena. Aunque el derecho de los pueblos indígenas de mantener sus propios sistemas de justicia está claramente garantizado por la Constitución, así como por varios instrumentos internacionales, tal como dispone el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, el derecho no es absoluto. En este sentido, el Convenio establece que los pueblos indígenas *"deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio"* (art. 8, párr. 2). Además, la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), afirma que *"sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación"* (art. 2, párr. 1).

15. Es importante, sin embargo, interpretar los derechos humanos universales de manera dinámica e intercultural, para tomar en cuenta las diversas manifestaciones de los derechos humanos, dentro de un contexto de no discriminación. En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas enfatiza que *"en el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática"* (art. 46, párr. 2).
16. A la misma vez, el Relator Especial insta a la sociedad y a las autoridades ecuatorianas a reconocer y tener en cuenta el funcionamiento efectivo y pacífico de las

justicias ancestrales en la mayoría de los casos, pero también a no confundir casos de justicia por mano propia y hechos de violencia tumultuaria con las genuinas expresiones de la justicia indígena, lo que supone un proceso de mayor diálogo con las autoridades indígenas y un mejor conocimiento de las justicias ancestrales. El Relator Especial llama a un diálogo y entendimiento entre los actores políticos y los pueblos indígenas para que, sobre la base de los principios de tolerancia y respeto a los derechos humanos, se construya de manera participativa y consultada los mecanismos de coordinación y de cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Para eso, las autoridades ecuatorianas deben redoblar esfuerzos para fortalecer las capacidades tanto de la justicia ordinaria como de la justicia indígena, de modo que ambas sean instrumentos efectivos de lucha contra la impunidad dentro del marco del respeto a los derechos humanos.

17. En los casos donde realmente existen legítimas cuestiones sobre la conformidad de la justicia ordinaria o la justicia indígena con las normas de los derechos humanos universales, es fundamental que exista una instancia de revisión, que sea la Corte Constitucional o posiblemente otra instancia de carácter intercultural, capacitada para hacer estas determinaciones. A la misma vez, el Relator Especial considera que el Estado debe asegurar que los mecanismos de coordinación, así como los procesos de revisión judicial de las decisiones de las autoridades indígenas respeten y garanticen un máximo nivel de autonomía para las autoridades de la jurisdicción indígena, y asimismo que comprendan y respeten el contexto cultural donde se desenvuelven las decisiones tomadas por las autoridades indígenas. Las determinaciones hechas en el proceso de revisión judicial deben coadyuvar de forma constructiva al respeto y fortalecimiento de las facultades de la jurisdicción indígena.
18. Finalmente, el Relator Especial toma nota de que, durante su visita de diciembre de 2009, los principales puntos de referencia de análisis comparativo sobre sistemas existentes de coordinación entre la justicia ordinaria e indígena fueron los sistemas de otros países de América Latina, especialmente de los países andinos. El Relator Especial considera que también puede ser de utilidad analizar modelos en otras regiones del mundo, por ejemplo el sistema de incorporación en la administración de justicia de las autoridades tribales y del derecho consuetudinario indígena en varios países africanos, el sistema de tribunales indígenas (*tribal courts*) en los Estados Unidos de América y la jurisdicción intercultural sobre cuestiones de derechos indígenas bajo el Tribunal de Waitangi en Nueva Zelanda. Estos sistemas

tienen muchos años de funcionamiento y, aunque no sean perfectos, ofrecen ejemplos importantes de la interacción entre la justicia ordinaria y la justicia indígena o tribal, dentro de diversos contextos.

Conclusiones y recomendaciones

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 constituye un avance significativo en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas del país. No obstante, las situaciones expuestas en este informe demuestran los vacíos que siguen existiendo en cuanto a la efectiva implementación de los derechos humanos de los pueblos indígenas amparados en la normativa nacional e internacional. Ante este reto el Relator Especial presenta una serie de recomendaciones a la espera de que contribuyan con la búsqueda de soluciones constructivas en torno a las problemáticas que enfrentan los pueblos indígenas en el Ecuador:

54. En el marco de las iniciativas emprendidas para establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, el Relator Especial presenta las siguientes conclusiones y recomendaciones como resumen de su análisis:
 - a. *El Relator Especial considera que el proyecto en desarrollo por el Ministerio Coordinador de Patrimonio, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Oficina del Asesor para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la elaboración participativa de una propuesta de ley de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria representa una excelente iniciativa, así como un avance importante en cuanto a la implementación de las disposiciones constitucionales en materia indígena. Es imprescindible contar con la participación efectiva de los representantes indígenas en la elaboración del marco legal para regular la jurisdicción indígena. Por lo tanto, el Relator Especial espera que el Estado asegure esta participación dentro de un proceso adecuado de consulta y como condición previa a la adopción de una ley o reglamento sobre la materia;*
 - b. *Como parte del proceso de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, el Estado debe llevar a cabo un proceso de apoyo y promoción del rescate y fortalecimiento de los respectivos sistemas de justicia de los distintos pueblos y*

- nacionalidades indígenas, así como un proceso de capacitación en los conocimientos básicos sobre el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria y los principios del derecho internacional de los derechos humanos, y brindar el apoyo técnico y financiero que sea necesario para este fin. Además, es fundamental desarrollar un proceso de intercambio de información y entendimiento entre las autoridades estatales judiciales y las autoridades indígenas sobre sus respectivos sistemas de justicia;*
- c. Es importante que cualquier sistema de coordinación entre ambas jurisdicciones sea suficientemente flexible, tomando en cuenta el contexto particular de cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena del país. En este sentido, es importante observar las facultades que las autoridades indígenas han estado ejerciendo de facto, considerar la posibilidad de que la jurisdicción indígena no se limite únicamente a hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de una comunidad o pueblo en particular y que la jurisdicción indígena sea apropiada no solamente respecto a conflictos internos entre miembros de la misma comunidad o pueblo indígena;*
- d. Para poder resolver los posibles conflictos entre las competencias jurisdiccionales indígena y ordinaria, se podría contemplar la creación de un mecanismo especial con poder de decisión para resolver tales conflictos, dentro de un marco de flexibilidad y orientación práctica. Este mecanismo podría estar compuesto por un conjunto de autoridades de la jurisdicción indígena y de la jurisdicción ordinaria y, en todo caso, debería representar un verdadero espacio de diálogo y decisión intercultural;*
- e. En el proceso de desarrollo de la ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, se debe considerar los modelos utilizados en otros países de América Latina así como de otras regiones del mundo;*
- f. El Relator Especial enfatiza que es fundamental que las normas internacionales y el respeto de los derechos humanos constituyan el marco de referencia tanto de la justicia ordinaria como de la justicia indígena. A la misma vez, insta a la sociedad y las autoridades Estatales a no confundir casos de justicia por mano propia y hechos de violencia tumultuaria con las genuinas expresiones de la justicia indígena, lo que supone un proceso de mayor diálogo con las autoridades indígenas y un mejor conocimiento de las justicias ancestrales;*
- g. En los casos donde realmente existen legítimas cuestiones sobre la conformidad de la justicia ordinaria o la justicia indígena con las normas de los derechos humanos*

universales, es fundamental que exista una instancia de revisión ,que sea la Corte Constitucional o posiblemente otra instancia de carácter intercultural, capacitada para hacer estas determinaciones.

II. Distinción entre linchamientos y justicia indígena - Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales

El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, visitó Ecuador en julio 2010 y compartió sus observaciones sobre la confusión entre la justicia indígena y los casos de linchamiento en su informe⁶:

Linchamientos

52. Los medios de comunicación y los funcionarios confunden con demasiada frecuencia la cuestión de los linchamientos (denominada también justicia privada o popular) con la justicia indígena. En algunos casos, esa confusión es fruto de la ignorancia, y en otros parece haber una mezcla deliberada de esas dos cuestiones, que son muy distintas. La frecuente confusión dificulta la realización de un análisis adecuado de dichas cuestiones, impide al Gobierno llevar a cabo reformas apropiadas y refuerza los estereotipos negativos de los indígenas ecuatorianos.
53. Los linchamientos constituyen un problema importante en el Ecuador y merecen considerablemente más atención del Gobierno de la que reciben en la actualidad. Según un informe, entre 1994 y 2008, al menos 153 personas murieron y 165 resultaron gravemente heridas en actos de justicia popular. Una ONG informó sobre 33 casos de linchamiento ocurridos en 2009. Es probable que esas cifras sean inferiores al número real de linchamientos, ya que es muy posible que los incidentes que se producen en zonas aisladas no se denuncien.
54. Por lo general, los linchamientos son ataques de miembros de la comunidad, que a menudo actúan en grupo, hacia personas acusadas de delitos como robos, actos de violencia o asesinatos. Muchos linchamientos se producen poco después de la comisión del supuesto delito y parecen reflejar una explosión de ira relativamente espontánea contra el comportamiento del presunto delincuente. Recibí informaciones sobre personas golpeadas hasta quedar inconscientes y, en algunos casos, hasta morir, o quemadas vivas, apuñaladas o mutiladas.

55. En otros países en que hay linchamientos, estos obedecen principalmente a la ausencia de toda intervención de la policía (o a su ineficacia) y a las deficiencias del sistema de justicia penal, que llevan a las personas a creer que la única manera de combatir la delincuencia es tomándose la justicia por su mano. La falta de presencia del Estado hace que esta respuesta escape de todo control y se produzca prácticamente sin miedo a recibir un castigo. Dado el deficiente funcionamiento del sistema de justicia penal del Ecuador y, sabiendo que los linchamientos ocurren principalmente en las zonas pobres, rurales e indígenas con poca presencia del Estado, la experiencia hace pensar que esos son también los factores que propician los homicidios en el Ecuador. No obstante, este fenómeno ha sido poco estudiado y hay que dedicar muchos más esfuerzos a abordar las causas profundas de la violencia en el contexto específico del Ecuador.

Justicia indígena

56. La "justicia indígena" es la justicia administrada con arreglo a las tradiciones indígenas. En marcado contraste con los casos de linchamiento, no implica la realización de actos de violencia arbitrarios o vengativos. La justicia indígena tiene por objetivo reintegrar a los delincuentes en la comunidad y es un proceso formal dirigido por líderes indígenas y miembros de la comunidad.

57. El artículo 171 de la Constitución reconoce los sistemas de justicia indígena en la medida en que no sean contrarios a la Constitución o a los derechos humanos, y el Ecuador ha ratificado el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169) de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, algunos funcionarios gubernamentales de alto nivel han atacado la justicia indígena calificándola de "salvaje" e "intolerable" y se ha elaborado nueva legislación sin apenas consultar a los grupos indígenas.

58. Las declaraciones oficiales y la información publicada en los medios de comunicación a menudo dan la impresión de que en la justicia indígena abundan los asesinatos y las palizas, lo que es simplemente falso. De hecho, al ser presionados, mis interlocutores –académicos, funcionarios y ONG– solo pudieron mencionar un caso de condena a muerte dictada en un proceso formal de justicia indígena y esa pena, de hecho, no se aplicó. Funcionarios que conocen la cuestión señalaron que en realidad no habían tenido conocimiento de ninguna muerte relacionada con la

justicia indígena desde hacía muchos años y que cualquier indicación en contrario era producto de la confusión entre los linchamientos y la justicia indígena.

59. Esa confusión refleja una incapacidad de enfrentarse a la realidad de los linchamientos. En lugar de atender a las peticiones de que se minimice, restrinja o suprima la justicia indígena, podría ser de hecho conveniente reforzarla en las situaciones en que los linchamientos se deban a la ausencia del Estado. La confusión entre linchamientos y justicia indígena refuerza los estereotipos racistas y aviva el sentimiento antiindígena. Muchos expresaron la opinión de que buena parte de la retórica oficial pretendía desacreditar a los movimientos indígenas y debilitar su poder político, en particular en vista de que las preocupaciones sobre la justicia indígena coincidían con una fuerte oposición indígena a las posiciones del Gobierno con respecto a cuestiones tales como la minería y el agua.

Conclusiones y recomendaciones

106. *A pesar de las afirmaciones oficiales y populares en contrario, básicamente no hay casos de justicia indígena en el Ecuador que caigan dentro del ámbito de mandato (en otras palabras, hay pocos o ningún caso de muerte por un proceso de justicia indígena). Los medios de comunicación y los funcionarios deberían tener cuidado de distinguir claramente entre los linchamientos y la justicia indígena.*
107. *La justicia indígena está reconocida en la Constitución y es una parte importante del sistema jurídico del país. No deberían introducirse reformas sin haber consultado previamente con los grupos indígenas.*
108. *El Gobierno debería elaborar una estrategia para afrontar el problema de los linchamientos en consulta con los expertos, la sociedad civil y las organizaciones indígenas y rurales. Dicha estrategia debería incluir la presentación de informes sobre los lugares donde se producen linchamientos y la naturaleza de los incidentes, el examen de sus causas y el enjuiciamiento de los autores.*

III. Reconocimiento de sistemas tradicionales de justicia - Comité para la eliminación de la discriminación racial

El Comité examinó en sus sesiones 1876° y 1877° (CERD/C/1876 y CERD/C/1877), celebradas los días 28 y 29 de julio de 2008, los informes periódicos 17° a 19° del Ecuador reunidos en un solo documento (CERD/C/ECU/19). En su sesión 1896° (CERD/C/SR.1896) celebrada el 12 de agosto de 2008, el Comité aprobó las siguientes observaciones finales:

12. Si bien el Comité acoge con satisfacción que la Constitución vigente reconoce el derecho de los pueblos indígenas y comunidades afroecuatorianas a administrar justicia conforme a sus culturas y tradiciones, el Comité expresa preocupación por que dicho reconocimiento legal no se haya traducido en la práctica a través de un modelo de administración de justicia que aplique el derecho indígena. (art. 5(a))

El Comité recuerda al Estado parte su Recomendación general 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento de la justicia penal (apartado B, párrafo 5e) y exhorta al Estado parte a velar por el respeto y reconocimiento de los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos. En este sentido, el Comité alienta al Estado parte a que agilice el proceso de adopción del proyecto de Ley de Compatibilización y de Distribución de competencias en la administración de justicia que tiene como objetivo principal lograr hacer compatibles las funciones del sistema de justicia de los pueblos indígenas con las del sistema judicial nacional.

- 1 La sección de definiciones preliminares ha sido tomada y adaptada de la Guía práctica para el fortalecimiento del compromiso con la estructura internacional de los derechos humanos, desarrollada luego de la discusión virtual que se llevó a cabo en la Red de Políticas de Derechos Humanos de la ONU – HuriTalk – en 2007. Disponible en <http://www.hurilink.org/hrmachinery/espanol>
- 2 Para mayor información sobre el EPU: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>
- 3 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas, UN Doc. A/HRC/15/37/Add.7, 17 de septiembre de 2010.
- 4 Código Orgánico de la Función Judicial, art. 346. Dicho artículo establece asimismo que "el Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena".
- 5 Consejo de Derechos Humanos, *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*, UN. Doc. A/HRC/9/9/Add.1, 15 de agosto 2008.
- 6 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión al Ecuador*, UN Doc. A/HRC/17/28/Add.2, 9 de mayo de 2011.

Después de dos siglos de predominio de la justicia ordinaria, el histórico reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución plantea una serie de retos y tareas para los operadores de justicia, actores políticos y la sociedad en general, entre ellos, conocer y respetar los sistemas de derecho indígena, su filosofía, normas y procedimientos.

La publicación '*Viviendo la Justicia. Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador*' y el DVD '*Viviendo la Justicia*' buscan contribuir a una mejor comprensión de las realidades locales y culturales de la administración de justicia indígena en Ecuador. Esta publicación está dirigida especialmente a los diferentes actores/as de la sociedad ecuatoriana que están vinculados con la práctica y vigencia del pluralismo jurídico.

*Esta publicación contiene en su interior un DVD con casos de estudio sobre justicia indígena en el Ecuador – *Viviendo la Justicia*.