

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
PROGRAMA DE ESTUDIOS ETNICOS
CONVOCATORIA 2002-2004**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
SOCIALES CON MENCIÓN EN ESTUDIOS ETNICOS**

JUSTICIA INDIGENA: CASO LA COCHA

MILTON GALO LLASAG FERNÁNDEZ

NOVIEMBRE 2010

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
PROGRAMA DE ESTUDIOS ETNICOS
CONVOCATORIA 2002-2004**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
SOCIALES CON MENCIÓN EN ESTUDIOS ETNICOS**

JUSTICIA INDIGENA: CASO LA COCHA

MILTON GALO LLASAG FERNÁNDEZ

**ASESOR DE TESIS: FERNANDO GARCIA
LECTORES/AS: RAÚL ILAQUICHE Y CARLOS POVEDA**

NOVIEMBRE 2010

INDICE

INDICE	5
RESUMEN..	8
INTRODUCCION.....	10

CAPITULO I.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA COMO DERECHO COLECTIVO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Los derechos colectivos.....	15
Derechos colectivos desde la perspectiva liberal.....	17
El derecho indígena.....	19
La costumbre.....	20
Usos y costumbres.....	20
Usos y convenciones.....	21
Derecho consuetudinario.....	22
La concepción monista del derecho.....	25
Sobre la definición del derecho en el marco pluralista.....	27
Conceptualizaciones del derecho indígena.....	30
Características del derecho indígena.....	31
Aporte de la Antropología jurídica a la vigencia del derecho indígena.....	33

CAPITULO II

BASES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS PARA SUSTENTAR EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO EN EL ECUADOR.

La Constitución de la República del Ecuador.....	43
Análisis del art. 171 de la Constitución de la República.....	43
Atribuciones de las autoridades indígenas.....	49

Atribuciones de legislación.....	49
Atribuciones de administrar justicia	49
Atribuciones de designación de autoridades.....	50
Competencia de la autoridad indígena.....	51
Competencia material.....	51
Competencia territorial.	52
Competencia personal.....	53
Competencia temporal.....	54
Efecto del reconocimiento.....	54
Efecto de las decisiones indígenas.....	55
Instrumentos Internacionales que reconocen el pluralismo y el derecho indígena: El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas.....	55
El derecho y la Jurisdicción Indígena en el Código Orgánico de la Función Judicial...57	57

CAPITULO III.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: CASO LA COCHA.

Contexto socio histórico.....	62
Contexto socioeconómico.....	65
La comunidad La Cocha:.....	68
Descripción del caso:.....	69
Elementos de la jurisdicción en el derecho indígena presentes en la administración de justicia indígena de la Cocha	73
WILLACHINA o WILLANA (demanda o aviso)	74
TAPUYKUNA o TAPUNA (Averiguación o investigación del conflicto).....	75
CHIMBAPURANA o WAHUICHINA o ÑAWINCHI (Confrontación entre el acusado y acusador.....	76
KILLPICHIRINA (Resolución).....	78
PAKTACHINA (Ejecución de la resolución).....	80
Fundamentos de la autoridad estatal (fiscal)	81
Fundamentos del juez de garantías penales.....	84

Elementos Simbólicos presentes en el caso La Cocha.....	87
---	----

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LOS OBSTÁCULOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO Y LA JURISDICCIÓN INDIGENA.

Obstáculos en el nivel normativo.....	90
Obstáculos en el nivel jurisprudencia.....	92
Obstáculos en la cultura jurídica.....	93

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	103
ANEXOS.....	107

RESUMEN

El Estado ecuatoriano desde 1998 ha reconocido formalmente los derechos colectivos a los pueblos y nacionalidades indígenas, y como tal, la facultad de resolver los conflictos internos, hecho que fue ratificado en el actual Constitución de la República vigente desde 2008. Desde entonces, las autoridades comunitarias han hecho visibles y públicos ante el resto de la sociedad, sus procedimientos para resolver los conflictos, procedimientos que estuvieron siempre presentes en cada una de las culturas aún sin el reconocimiento formal del Estado.

No obstante de estos importantes cambios constitucionales, en la práctica se ve truncada el ejercicio pleno de los derechos constitucionales y reconocidos en varios instrumentos internacionales que el país ha ratificado, debido a muchos factores de orden social, político de quienes definen las políticas nacionales y de los operadores de justicia en distintos niveles, a esto hay que sumar el desconocimiento de los sujetos colectivos de sus derechos y el libre ejercicio de los mismos y del temor de éstos a que sean procesados por la justicia ordinaria.

El presente trabajo responde a las inquietudes de las autoridades comunitarias y de quienes pretendemos poner en práctica los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para cumplir con este propósito partimos del análisis de un caso resuelto por los miembros de la comunidad Quilapungo-La Cocha, sobre un asesinato ocurrido al interior de la comunidad, previo a ello analizamos los derechos colectivos desde la perspectiva positivista y liberal, y los derechos colectivos desde la perspectiva plural, y en particular, el derecho colectivo reconocido en el artículo 171 de la Constitución de la República vigente, este es que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales en base a su derecho propio.

Luego hacemos un análisis de las bases jurídicas legales, antropológicas y doctrinarias que sustentan el reconocimiento del derecho indígena y el pluralismo legal

en el Ecuador, en base a este marco teórico analizamos el caso particular de asesinato ocurrido el 21 de abril de 2002 cuando una de las familias del sector Quilapungo de la comunidad la Cocha había invitado a varias de sus familias, y luego se produjo este hecho, problema que fue resuelto por las autoridades de la Comunidad La Cocha, y posteriormente por el Fiscal del Distrito de Cotopaxi, con el cual se pone en evidencia un racismo radical y una actitud etnocéntrica hacia las comunidades indígenas de la zona.

Seguidamente analizamos los principales problemas a los que se enfrentan las autoridades comunitarias en el momento de ejercer un derecho consagrado en la Constitución y en los Convenios Internacionales. Del análisis de estos grandes tópicos llegamos a varias conclusiones una de ellas es que los principios que rigen el Derecho Indígena y sus características suplen a lo que el derecho estatal lo conoce con el nombre del debido proceso, por lo que al aplicar el derecho propio con sus prácticas rituales en los se hallan inmersos todo un campo de simbolismo, están dentro de los parámetros establecidos en la Constitución al denominado “el respeto al debido proceso”, además permite a salir de la dogmática jurídica tradicional y obliga a desarrollar método interculturales de análisis.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008, da un salto cualitativo importante en relación a la Constitución anterior, al reconocer al Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural y dar mayor alcance y prioridad a la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas en los asuntos públicos.

La declaratoria del Estado intercultural implica un cambio radical, de un Estado colonial, monocultural y excluyente, hacia un Estado plurinacional e intercultural, en el cual, el Estado adopta una concepción de cultura amplia e incluyente con una multiplicidad de universos simbólicos, así como las prácticas de vida de los pueblos y nacionalidades que viven en el país y, al mismo tiempo, reconoce las prácticas de grupos culturales que emergen como resultado de las transformaciones sociales contemporáneas.

“Entendida de ese modo, la interculturalidad aparece como una apuesta al futuro que, junto con el reconocimiento de la plurinacionalidad y el Buen Vivir, tiene la capacidad de lograr acuerdos entre los actores culturales, sociales, políticos e institucionales diferenciados. Su acción está encaminada a la construcción de una sociedad incluyente, solidaria, soberana y recíproca, capaz de fundamentar una propuesta de desarrollo a largo plazo, que permita enfrentar los desafíos de la globalización y sus contradicciones en la actual crisis mundial.” (Plan Nacional para el Buen Vivir)

Muchos de los objetivos nacionales para el Buen Vivir no son aplicables en el modelo institucional del Estado de hoy, esto es un modelo de estado colonizador excluyente, racista y monocultural. Para la aplicación de los objetivos nacionales no basta con declarar al Estado ecuatoriano como Plurinacional e intercultural. La construcción del Estado Plurinacional e Intercultural supone “un amplio proceso de reforma institucional que permita viabilizar las políticas interculturales y de fortalecimiento de las nacionalidades y pueblos del Ecuador para el ejercicio de sus derechos colectivos. Supone una reforma institucional que transforme en un Estado inteligente, dinámico y

estratégico, que requiere la consolidación de un servicio civil eficiente, meritocrático y orientado por resultados.

Los reconocimientos constitucionales que para nuestros estudios destacan son: El carácter pluricultural y multiétnico del Estado; y, b) los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en particular del derecho propio, por tanto de la jurisdicción especial.

Cuando el Art. 1 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, reconoció al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico, no creó ningún derecho especial para los pueblos y nacionalidades indígenas, sino que reconoció una realidad fáctica que había estado presente antes de la conquista y colonización a los pueblos originarios. Lo que hizo es reconocer, que en el Ecuador coexisten distintos grupos humanos, culturales que hablan su propio idioma, que tienen su propia escala de valores, que tienen su propio sistema jurídico que tienen un ancestro anterior al mestizaje forzado.

Esta realidad de la diversidad hasta hace poco era más que desconocido, ignorado en todos los estratos sociales, y por su puesto en la legislación ecuatoriana, se creía que todos éramos individuos iguales, ahora se dice que estos grupos culturales distintos no solo que tienen derechos individuales, sino que como individuos al formar parte de un colectivo ya tienen derechos distintos, pero no como individuos, sino, como grupos. Estos grupos culturales distintos necesitan ciertos bienes jurídicos sin los cuales desaparecerían, o simplemente no podrían ejercer sus derechos, como es el caso de la lengua, esto es lo que en doctrina se le ha denominado como Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, algunos de ellos están recogidos en el artículo 57, numerales 1,9,10 y en el 171 de la actual Constitución de la República, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de las Naciones Unidas en el Pacto de San José de la OEA; el Protocolo San Salvador; la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, el Código Orgánico de la Función Ejecutiva, entre otros.

En 1998 el Ecuador ratificó el convenio No. 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, en el que reconoce una serie de derechos a las colectividades de los Pueblos Indígenas y en 1998, la Constitución ecuatoriana en concordancia a las normas del convenio indicado hizo un importante avance pluralista.

El avance importante, para efecto de nuestro trabajo es el reconocimiento de la pluralidad jurídica y el reconocimiento de las facultades jurisdiccionales a las autoridades indígenas, establecidas en el artículo 57 y 171 de la actual Constitución y en el Código Orgánico de la Función Legislativo.

Los actos jurisdiccionales que la autoridad indígena venía realizando en forma oculta por efectos de la penalización y represión del derecho estatal, a partir de la vigencia de la Constitución de 1998, estas acciones se vuelven públicas al ser despenalizadas y adquirir el carácter de “legal” y obligatorio. Sin embargo, en la práctica se ha visto con una serie de obstáculos provenientes de distintos sectores. En esta ocasión del lado de los operadores de justicia, particularmente del Fiscal del Distrito de Cotopaxi,

En razón de lo anterior es preciso preguntar si los actos de las autoridades de la comunidad indígena La Cocha, se hallan o no revestidos de legalidad y de legitimidad? y si el Fiscal del Distrito de Cotopaxi respetó o no las decisiones de las autoridades de la Comunidad la Cocha quienes resolvieron el conflicto en base a lo que disponía el artículo 191 de la Constitución Política de entonces y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.? y si la resolución tomada por las autoridades de la comunidad La Cocha cumplen o no con los mínimos jurídicos que establece la Constitución.

Para dar respuesta a estas interrogantes propusimos analizar el caso asesinato ocurrido en la el sector Quilapungo de la Comunidad La Cocha, del cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, que se ventila en la Fiscalía No. 3 (ahora 2) del Distrito de Cotopaxi; analizar los contenidos de carácter legal constitucional y de carácter

antropológico, acompañado del trabajo de campo desarrollado en la comunidad de la Cocha. Se realizó entrevistas a las partes involucradas en el caso, al Presidente de la Comunidad La cocha, se aplicó la metodología de grupos focales, con el fin de conocer las reacciones y el pensamiento de la gente que presencié el acto, también constan las entrevistas realizadas en la Comunidad de Cobos Grande, La Consolación de la parroquia Cusubamba y de la Comunidad Paparahua de la provincia de Pastaza, pero antes, realizamos una recopilación de material bibliográfico con respecto a los derechos colectivos y la pluralidad jurídica que sustenta conceptualmente el planteamiento de nuestra investigación.

El presente trabajo investigativo consta de cuatro capítulos, distribuidos de la siguiente manera: en el primer capítulo hago referencia a los derechos colectivos desde una perspectiva conceptual, los clasifico desde el enfoque plural y desde el enfoque liberal, puesto que los liberales han desarrollado abundante investigación al respecto.

En el segundo capítulo hago referencia a las bases normativas constitucionales que sustenta el pluralismo jurídico, abarco también las aproximaciones conceptuales del derecho indígena, su tratamiento en el Estado liberal monocultural, su reconocimiento en la Constitución Política y en los Instrumentos internacionales.

El tercer capítulo se refiere a la situación jurídica y social con respecto a la resolución dictada por la autoridad indígena de la comunidad de la Cocha en un caso de asesinato ocurrido dentro de la comunidad y con miembros de la misma, frente a la Instrucción Fiscal dictada por el Fiscal del Distrito Cotopaxi. Hago un breve análisis de los argumentos del Juez, del Fiscal y de los argumentos legales y constitucionales de la resolución dictada por los miembros de la Comunidad.

El cuarto capítulo del trabajo se refiere a las trabas para la implementación efectiva del derecho indígena, estas son de orden normativo, jurisprudencial, de la cultura jurídica y de los operadores de justicia.

En el quinto y último capítulo expongo algunas conclusiones que han surgido en el proceso de investigación.

CAPITULO I.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA COMO DERECHO COLECTIVO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Los derechos colectivos

Gregorio Peces-Barba hace una distinción entre los “derechos colectivos en general” y los “derechos colectivos fundamentales”. “El primero se refiere a “derechos en el ámbito privado que corresponden a sociedades civiles o mercantiles o a cualquier otro sujeto colectivo y que no son derechos colectivos fundamentales y que tienen una finalidad de defensa de los intereses con dimensiones patrimoniales o simplemente del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad colectiva del sujeto de que se trate”. (Peces-Barba, 2001: 67)

Los derechos colectivos fundamentales “son en primer lugar un depósito de moralidad pública, una pretensión moral justificada basada en la idea de dignidad humana, y se encuentran situados en un contexto de ética pública democrática, liberal, que pueden ser en algunos países además social y que condiciona la existencia de los mismos derechos. Es decir, que al margen de la democracia y del Estado de Derecho, tal como aparece en la cultura política y jurídica de la modernidad, no es posible situar los derechos fundamentales, ni individuales, ni colectivos en plenitud, es decir con eficacia social.”

Para Agustín Grijalva, los derechos colectivos son considerados como derechos humanos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos, en este caso, las colectividades indígenas y afroecuatorianas. Los derechos colectivos son parte de los llamados derechos de tercera generación cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación).

“Una primera idea sobre los derechos colectivos como bienes públicos proviene del filósofo político Joseph Raz, el cual los define como un

agregado de intereses individuales de un colectivo humano. Un segundo concepto sobre derechos colectivos, mucho más complejo proviene de Kymlicka. Este autor señala que los derechos colectivos son “derechos diferenciados” - generaliza la titularidad de los derechos colectivos, y encarga el ejercicio a los miembros del colectivo”. (Ob.cit.)

La titularidad de estos derechos recae en un grupo humano en particular, de ahí la diferencia con los demás derechos colectivos como por ejemplo con el derecho colectivo a vivir en un ambiente sano, cuya titularidad incluso trasciende fronteras no solo étnicas, sino de países, porque es un derecho colectivo universal. Mientras que el contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas responde a intereses de una determinada colectividad culturalmente diferente y tiene una finalidad determinada, además su ejercicio está condicionado en función del grupo, por ejemplo en el caso de la lengua, para ejercer el derecho colectivo al relacionarse en su lengua propia, se requiere de por lo menos dos personas que hablen un determinado idioma, de lo contrario, se imposibilita su ejercicio. De igual forma en el caso de la justicia indígena, se requiere que la comunidad entera, o en su defecto una gran mayoría de los miembros de la comunidad compartan y tengan y apliquen el derecho propio y su procedimiento de investigación y juzgamiento.

La Constitución actual reconoce a los pueblos indígenas, derechos colectivos a su identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medicina tradicional, administrar justicia entre otros. Estos grupos humanos necesitan de estos bienes jurídicos que sin los cuales desaparecerían como grupos, ciertamente no estaríamos en un genocidio o eliminación de las personas por pertenecer a un grupo, sino que estaríamos cometiendo un etnocidio.

Los derechos colectivos no se oponen a los derechos humanos individuales. De hecho, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. De este modo, por ejemplo, los

derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona, protegen el derecho individual

Derechos colectivos desde la perspectiva liberal.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas han sido planteados también desde los teóricos del liberalismo quienes han realizado importantes aportes teóricos. Así tenemos a autores como los teóricos políticos canadienses Will Kymlicka y Charles Taylor.

Según Kimlycka (Kimlycka, 1996:57), el compromiso básico de una democracia liberal es la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales. Esto se refleja en los derechos constitucionales, que garantizan los derechos civiles, económicos, y políticos básicos a todos los individuos, independientemente de la pertenencia de grupo. De hecho la democracia aparece como reacción a lo que el feudalismo definía los derechos políticos y las oportunidades que se concedían en función de grupos.

El autor se hace la siguiente pregunta ¿Cómo pueden entonces los liberales aceptar las reivindicaciones de derechos diferenciados en función del grupo de las minorías étnicas y nacionales?"¹ (Kimlycka, 1996:57). Para el autor, el liberalismo no se opone a los derechos colectivos, al contrario, algunos derechos colectivos, como la protección de las culturas por ejemplo, se tornan exigentes para el liberalismo. "Esta es una percepción errónea dice el autor, porque se basan en algunas confusiones, ya que muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son consistentes con los principios liberales de libertad e igualdad".(Kimlycka,1996:57)

En su intento de definición de los derechos colectivos hace una descripción funcional de los mismos en el sentido de que:

¹ Estos reparos han hecho algunos sectores académicos, políticos y económicos aquí en nuestro país, han manifestado que no debería haber derechos específicos para grupos específicos, ya que según este sector estamos dentro de un país igualitario y democrático que reconoce la ciudadanía a todos los ecuatorianos.

“hay que distinguir dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que se encuentra englobado. Se puede considerar que ambas reivindicaciones protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objeto de proteger al grupo del impacto desestabilizador del disenso interno, por ejemplo la decisión de algunos miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales; mientras que el objetivo del segundo es de proteger al grupo del impacto de las decisiones externas, por ejemplo las decisiones económicas o políticas de la sociedad mayor. Para distinguir estas dos formas de reivindicaciones, los denomina a las primeras como restricciones internas y a las segundas como restricciones externas.

A ambas se las conoce como derechos colectivos. Las restricciones internas implican relaciones intra-grupales, el grupo étnico puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus miembros en nombre de la solidaridad del grupo. Esto plantea el peligro de la opresión individual.²

Las protecciones externas implican relaciones intergrupales; esto es, el grupo étnico puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en general. Esto no crea injusticia entre grupos. La concesión de los derechos especiales de representación, de reivindicaciones territoriales o de derechos lingüísticos no implica una posición de dominio sobre otros grupos. Por el contrario tales derechos pueden contemplarse como algo que sitúa a los diversos grupos en mayor pie de igualdad, reduciendo la medida en que el grupo más pequeño es vulnerable ante el grande.” (Kimlycka, 1996:57, 57)

Nicolás López Calera (López, 2001:19) al referirse a la teoría de Kymlicka, da cuenta que el liberalismo no ha podido ser ajeno a las exigencias históricas de lo colectivo y ha tenido que ser menos individualista. Valora la importancia de “reconocer la existencia de los derechos colectivos y que éstos derechos pueden ser condiciones necesarias para la autonomía individual”... “la tesis liberal moderada de Kymlicka es que las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales son compatibles con los principios liberales” (López, 2001:29).

² De hecho, en algunas comunidades indígenas ha habido esta tendencia de reprimir los derechos individuales, tal es el caso de Cusubamba, quienes, a través de un reglamento prohibieron el derecho de ser elegido a cualquier cargo de la organización, a toda persona que se identifique con otro movimiento o partido político que no sea el Pachakutik.

En la actualidad, el reconocimiento de los derechos colectivos se da dentro del contexto del modelo de Estado Intercultural y Plurinacional. En el Estado Plurinacional se reconoce a una sociedad diversa en una unidad indisoluble del Estado ecuatoriano que reconoce, respeta y promueve la unidad, igualdad y solidaridad entre todos los pueblos y nacionalidades existentes en el país. El estado plurinacional cuestiona el carácter del Estado uninacional y propone un modelo de estado de la descolonización destinado a recuperar y fortalecer y democratizar el Estado; mientras que la interculturalidad parafraseando a Catherine Walsh, Es un proyecto político y social que requiere la transformación estructural, institucional y relacional, en este modelo de Estado no permite que los pueblos y nacionalidades indígenas sean tratados como minorías, sino atraviesa a todas las normas, instituciones y prácticas del país. La interculturalidad promueve el conocimiento, la convivencia, la equidad y la acción creativa entre los diversos. (Walsh: 2010, 8,9 y10).

El derecho indígena.

“Hasta antes de los noventa, un rasgo de la institucionalidad jurídica latinoamericana era su carácter monocultural y excluyente de la población indígena. El modelo jurídico político monista que consagraban las constituciones latinoamericanas identificaba Derecho y Estado”³(Yrigoyen, 1999:343).

Según esta teoría, no acepta sino la existencia de un solo sistema jurídico, producido y ejercido mediante instituciones del Estado. Por tanto, no acepta la existencia de un derecho que no sea producido también por el Estado. Sin embargo, en la actualidad la tendencia mundial es el reconocimiento de pueblos culturalmente diferenciados, dotados de su propia cosmovisión, de su propio sistema de valores, identidad, conocimientos y por su puesto con su propio sistema jurídico.

³ Irigoyen Raquel, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en los Países Andinos*, en: *El Reto de la Diversidad*, W. Assies, G. Van der Haar, A. Hoe Kend Editores, El Colegio de Michoacán, 1999, pag. 343.

El derecho indígena en el Ecuador y en países multiculturales, es una disciplina nueva que poco se ha desarrollado, de ahí que se suele utilizar una serie de categorías indistintamente para referirse al derecho indígena. Estas categorías según Raquel Irigoyen

“se adscriben a determinadas posiciones teóricas, las cuales a su vez suponen ciertas formas de valorar tales sistemas normativos no estatales y a los grupos humanos que se regulan por los mismos. Igualmente el uso de cada categoría implica ciertas consecuencias políticas”. (Yrigoyen: 1999)

A continuación transcribo las categorías señaladas por Raquel Irigoyen.

La costumbre

Este término se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Hace referencia a las prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad.

La doctrina distingue tres tipos de costumbres con relación a la Ley:

- a) A falta de Ley;
- b) Conforme a ella; y,
- c) Contra ella.

La Ley permite las costumbres de los dos primeros tipos (a y b) y pueden constituir en fuentes del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre está en contra de la Ley, (contra legem) incluso puede configurar delito y ser castigada.

Usos y costumbres.

Tiene una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial, se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la “Ley divina natural” y si

eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas y eran incapaces de autogobernarse. Las Informaciones toledanas concluyeron lo segundo para justificar la guerra contra los indios, los “justos títulos de la Corona” y la legitimidad de la imposición colonial en las Indias, para responder al cuestionamiento que en su momento lo hiciera Bartolomé de las Casas. Por, ello solo se permitió los “usos y costumbres” indígenas que no violasen la “ley divina natural”, no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica.

Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios y de carácter menor, los casos mayores debían pasar al corregidor español.

En la actualidad se sigue utilizando en término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se les reconoce como derecho o sistema jurídico sino que se les da un estatuto inferior.

Usos y convenciones.

La sociología alemana con Max Weber, utiliza el término “usos y convenciones” para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal. Weber estudió el proceso de institucionalización del derecho moderno y encontró que antes de que una regla social se convirtiese en norma jurídica, por lo general era una norma que contenía respaldo social. A tales reglas las llamó “usos y convenciones” pues su práctica no estaba garantizada por la coacción estatal sino por una sanción social difusa.

Weber no estaba estudiando una situación de pluralismo jurídico o coexistencia simultánea de sistemas, sino el proceso de formación de las normas del derecho estatal moderno. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de coexistencia del derecho estatal con sistemas indígenas, calificando a los segundos como meros “usos y convenciones” al decir que no habían llegado a institucionalizarse

como el derecho estatal. Esta es una perspectiva que no respeta el marco en el que fue creado el concepto.

Derecho consuetudinario.

El término “derecho consuetudinario”, viene de una categoría del derecho romano, la *veterana consuetudo*, se refiere a prácticas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no solo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho” se entiende que no solo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos, solo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización o incluso en países independientes con presencia de poblaciones indígenas donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “el derecho” sin adjetivos, al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “derecho consuetudinario” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente de los pueblos conquistados o políticamente subordinados.

Como se ha señalado, el marco del monismo jurídico genera problemas teóricos, valorativos y políticos. La idea de que solo es derecho el del Estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales.

El término costumbre o usos y costumbres resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que solo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de:

- a) que no solo se trata de prácticas aisladas, sino que tienen un eje cultural que las articula a modo de sistema y tienen sistemas de normas, autoridades y

procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno y

- b) Su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En términos valorativos, por lo general, el uso del concepto de “costumbre” va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de las prácticas indígenas que están contra la ley.

Esto también pasa con la categoría “derecho consuetudinario” definida desde el marco del monismo jurídico.

En términos teóricos, el derecho consuetudinario no tiene el mismo estatuto que el derecho estatal, aunque puede tener igualmente normas, autoridades y procedimientos propios, así como reglas para cambiar las reglas. La palabra “consuetudinario”, además fosiliza a los sistemas jurídicos no estatales bajo el prejuicio de que son estáticos en el tiempo, mientras que el derecho estatal o central sí aparece con capacidad de cambio. Por ello, algunos utilizan como sinónimo de consuetudinario la palabra “tradicional” y de aquí no pocas veces se pasa a los calificativos de “sistemas atrasados”, no modernos primitivos o inferiores.

En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y a sus sistemas como inferiores. En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado y hasta justifica esta subordinación dado el supuesto carácter “local” o “atrasado” del derecho consuetudinario y sus usuarios.

Igualmente, ha justificado que se practique con sus usuarios políticas “civilizadoras”, que se les imponga el progreso y su integración a los “estados modernos”. Es decir, a nivel político la consecuencia del uso del término, es la admisión de un sistema de tutela y control, donde la decisión de los límites del derecho

consuetudinario se ubica de fuera de los pueblos indígenas y sin tener en cuenta su perspectiva cultural.

Desde la perspectiva del monismo legal se suele hacer una interpretación estrecha del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, que ha llegado a negar el respeto a la diferencia cultural. El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso de su propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. El derecho a la igualdad evita la discriminación y permite el acceso a todos a las mismas oportunidades y derechos económicos y políticos, para el desarrollo personal y colectivo, pero no impide ni menos puede reprimir el derecho a la diferencia cultural.

Bajo la idea de que no se puede poner en riesgo la seguridad jurídica se ha impuesto a los grupos culturales el sistema creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales políticamente subordinados.

Al no reconocerse el Derecho Indígena, sus usuarios no tienen la seguridad de ser juzgados por el mismo, en su propio idioma y en función de su cultura, pues, el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y de la producción jurídica. Es decir, la posibilidad de garantizar la seguridad jurídica a todos los individuos y grupos dentro de un Estado donde hay diversidad cultural, es justamente, permitiendo la vigencia de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad.

Cuando, la Constitución Política de 1998 utilizó el término *derecho consuetudinario*, no lo empleaba para describir el carácter tradicional o repetitivo de un sistema jurídico, sino para calificar o connotar su carácter de subordinación política frente a la Constitución Política. "El Derecho Consuetudinario aparece como el derecho que pervive por la práctica de la gente, aún sin ser oficial o estar reconocido" (Sánchez,1998: 58). Dado que, "no siguen invariablemente una misma pauta secular,

sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en convenios internacionales, como en normas internas para referirse a los sistemas de "minorías", distintos del derecho estatal, y se utiliza de modo sinónimo a "derecho indígena".

Diez años después con la vigencia de la Constitución de la República de 2008, supera en parte esta visión, al reconocer el Derecho Propio, entendiendo como un sistema completamente distinto, pues, las investigaciones etnográficas exaltan sistemas jurídicos con diferentes principios normativos y directrices para la acción concreta. No están siempre y necesariamente garantizadas por la coacción- mediante un cuerpo especializado.

“A veces son sancionados por el mero acuerdo, creencias y controles "difusos", y transmitidas mediante la creencia en mitos. Igualmente, tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social. Se pueden garantizar normas necesarias para la vida económica mediante un tabú religioso y pueden existir mecanismos de resolución de conflictos asociados a ritos religiosos, mágicos y de brujería, en tanto preceden a los arreglos para poder efectuar un ritual” (Urteaga, Yrigoyen, Gluckman, citado por: Sánchez, 1998: 59).

La concepción monista del derecho.

“La doctrina jurídica instituida con el llamado “derecho moderno”, establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que llama el “monismo jurídico”, esto es que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto no puede haber varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico” (Llasag: 2002).

“La idea de la identidad Estado-Derecho provienen de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen. Su marco histórico es el proceso de centralización de las formas de control social.

Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal solo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal, y a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él determine. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es

el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rigen la vida de los ciudadanos, el poder judicial para administrar justicia de modo exclusivo y el ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la Ley. A parte de dichos poderes, nadie tiene la facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. (Yrigoyen: 1999)

El sistema de garantías liberales, también se han construido bajo esa perspectiva, con los principios de la igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado, no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, esta es solo admisible a falta de Ley y nunca en contra de ella, así lo determina el artículo 2 del Código Civil que "la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella". En el mismo cuerpo legal, en su artículo 13 del Código Civil dice textualmente: "La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna", dando de esta manera un carácter de universalidad a la norma legal escrita.

“Aparejada a la identidad Estado-Derecho está la idea del “Estado-Nación”. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que la organización jurídico-política de una Nación. El significado dado a la Nación es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así se entiende que es legítimo que el Estado un solo sistema normativo porque se supone que representa a un conjunto social homogéneo.

En países pluriculturales, la imposición de un solo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha da ligar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos culturales distintos o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa.

Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas no oficiales han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales.” (Yrigoyen: 1999)

Sin embargo, en la actualidad, con la aceleración de la globalización económica y al mismo tiempo, la reivindicación del espacio local, sobre todo por los pueblos indígenas, se ha puesto de manifiesto esta realidad, Boaventura de Sousa Santos nos dice que

“el Estado nación ha sido el espacio –temporal más importante del derecho durante los últimos doscientos años particularmente en los países centrales del sistema mundial... Sin embargo su importancia fue posible solo porque las dos dimensiones espacio-temporales, lo local y la transnacional, fueron declaradas inexistentes formalmente por la teoría política liberal hegemónica” (De Sousa Santos, 1998:19).

“Sin embargo, en la actualidad este espacio-tiempo nacional está perdiendo su primacía ante la creciente competencia de los espacios-tiempos globales y locales” (De Sousa Santos, 1998:12).

Lo que ha ocurrido con los pueblos indígenas durante estas dos últimas décadas hace evidente que el país no solo existe un espacio tiempo –el nacional- sino que coexisten varios espacios y temporalidades. Igual ocurre con los espacios globales que van ganando cada vez mayores espacios de control en el campo económico y político, que antes era una exclusividad de los estados nacionales.

Sobre la definición del derecho en el marco pluralista.

La diversidad cultural, marca la presencia del pluralismo jurídico entendido como la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos coexisten en los mismos espacios y temporalidades, estén o no reconocidos legalmente dentro de un Estado.

Cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial y o realmente

perseguidos y reprimidos. Ello obliga a tales sistemas a vivir en la clandestinidad y adaptarse para poder sobrevivir.

Se habla de dos tipos de pluralismo jurídico: el denominado Pluralismo Jurídico Clásico y el Nuevo Pluralismo Jurídico. El primero tiene relación a la coexistencia de uno o más Derechos “Nativos” al lado del Derecho Europeo o “Moderno” dentro de un mismo espacio social. Así por ejemplo la convivencia del Derecho Hindú al lado del Derecho Anglosajón en la India, es decir, “el pluralismo clásico referido a la situación histórica producto del colonialismo”. (Sierra y Chenaut: 153:234)

Sally Merry señala tres contribuciones del pluralismo jurídico clásico al desarrollo del pluralismo jurídico:

- 1.- Es el análisis de la interacción entre órdenes normativos que son fundamentalmente distintos en su estructura conceptual subyacente.
- 2.- Una atención a la elaboración del derecho consuetudinario como históricamente derivado.
- 3.- Delineación de la dialéctica entre órdenes normativos.

“Para reconocer el Pluralismo Jurídico en casa, se requiere rechazar lo que Griffiths llama la Ideología del centralismo legal” la noción de que el Estado y el sistema de abogados, cortes y prisiones es la única forma de reordenamiento

“Verdaderamente a los estudiosos entrenados en positivismo jurídico, se les enseña que el Derecho y el ordenamientos se ubican en las cortes y en las oficinas legales, y no en el chisme institucionalizado, regulaciones y tribunales universitarios, o en pubs barriales.” (Sally, 1988:5)

El Nuevo Pluralismo Jurídico está referido a la coexistencia de varias formas de Derecho o Sistemas Jurídicos al lado del Derecho Europeo o Moderno, dentro del espacio social propiamente de éste. “El nuevo Pluralismo legal referido a toda forma de regulación vigente en cualquier sociedad, incluidas las sociedades urbanas contemporáneas”. (Sierra y Chenaut, 153: 43)

En el marco pluralista ha habido varias discusiones sobre la definición del derecho y qué requisitos debe haber para considerar a un sistema de normas o prácticas como derecho.

Desde la tradición jurídica positivista se hace una clara distinción entre las normas. Hans Kelsen, en su “Teoría Pura del Derecho” distingue tres tipos de normas:

- 1.- Normas morales, que son garantizadas por una coacción social o difusa;
- 2.- Normas religiosas, cuya sanción está en el más allá; y,
- 3.- Las normas jurídicas, cuya sanción es actual y presente y se garantiza por un cuerpo especializado en velar por su cumplimiento o sancionar su trasgresión.

Este concepto de norma, dado en el marco del monismo legal, ha sido retomado en el debate pluralista por un sector y ha guiado algunas investigaciones.

En la actualidad existe un cierto consenso sobre la definición del derecho. Raquel Yrigoyen lo define de la siguiente manera:

“Se llama derecho o sistema jurídico al sistema de normas, valores o principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que sirvan para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden interno”. (Kelsen s/r)

Cada pueblo determinará el carácter de las normas y su garantía para el cumplimiento. No necesariamente se requiere que en todos los grupos sociales exista un cuerpo especializado para garantizar el cumplimiento de las normas o sancionar su trasgresión o que dichas normas sean completamente diferentes a las de la moral o la religión, como ocurre con las normas jurídicas producidas por el Estado, pues, existen sistemas culturales complejos en los que el sistema normativo es parte incluso de la espiritualidad o cosmovisión.

El hecho de que en los pueblos indígenas no haya la distinción que la hizo Kelsen, no quiere decir que tales pueblos carecen de derecho. A veces, las normas son garantizadas por el mero acuerdo, controles difusos o transmitidas mediante creencias en mitos.

Tampoco es necesario, que las normas sean escritas generales o invariables, y de hecho, una de las características del derecho consuetudinario o del derecho indígena es que es un sistema que se produce y reproduce a través de la oralidad.

Conceptualización del derecho indígena.

Para Rodolfo Stavenhagen el derecho indígena es

“un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado... (la puntuación es mía) es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos” (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas) (...) que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía” (Stavenhagen citado por Cabedo, 2002: 69, 70).

La CONAIE ha definido al derecho indígena como

“un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantizan el convivir armónico.

El derecho indígena, que tiene su propio sistema de legislación, su administración de justicia, sus formas de coacción, se fundamenta en el derecho consuetudinario”.(CONAIE,1992:6)

Gaitán Villavicencio refiriéndose al derecho indígena manifiesta que

“en las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y la tradición. La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario y su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad” (Villavicencio, 2002:39).

En todo caso, podemos concluir que el Derecho indígena es un conjunto de normas, no escritas, distinto del derecho positivo, es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social garantizadas, ya sea por la coacción, consenso u otros mecanismos, capaz de:

Regular el comportamiento social de las personas encaminado hacia la búsqueda de la armonía y bienestar;

Resolver conflictos;

Organizar el orden público y el gobierno; y,

Producir, cambiar y mejorar sus propias reglas.

Una de las condiciones de existencia del derecho indígena es que éste goce de legitimidad y de eficacia.

Características del derecho indígena.

a) El derecho indígena está constituido por un sistema propio de autoridades, normas, procedimientos y formas de coacción para resolver conflictos y organizar el orden social.

b) El derecho indígena es integrador y no especializado, porque articula la cosmovisión, la cultura y la espiritualidad. En el derecho indígena no existe lo que se conoce en el derecho positivo la división por materias.

En el derecho indígena no existe la rígida división del derecho moderno entre las normas morales, religiosas y jurídicas que describía Hans Kelsen.

c) El derecho indígena se lo ejerce y produce en el seno de un colectivo, no se atribuye a un cuerpo especializado, ni es exclusivo de la autoridad como ocurre en el derecho positivo.

d) Es integrador porque busca la reincorporación de la persona que ha cometido un mal a un miembro o a la comunidad. La persona culpable no se rehabilita aislándose del grupo o comunidad, es un proceso conjunto y continuo.

e) Es oral, porque sus normas y procedimientos por su naturaleza no están escritas, son transmitidos a través de la oralidad, la memoria colectiva, incluso a través de los mitos.

f) Es solidario porque toda la colectividad se interesa y se involucra para resolver el conflicto.

g) Es evolutiva, no es estática, porque el derecho indígena se ajusta a las nuevas realidades, está en permanente cambio.

Rodolfo Stavenhagen también describe algunas de las características del derecho indígena estas son:

- a) Normas generales de comportamiento público;
- b) Mantenimiento del orden interno;
- c) Definición de derechos y obligaciones de los miembros;
- d) Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos;
- e) Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios;

- f) Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
- g) Sanción a la conducta delictiva de los individuos;
- h) Manejo, control y solución de conflictos y disputas; (Stavenhagen 1990:31)

Aporte de la antropología jurídica a la vigencia del derecho indígena.

En los subcapítulos anteriores hemos abordado varias acepciones del derecho, desde distintas perspectivas teóricas, y hemos referido a varias definiciones que se han dado al derecho indígena, no obstante, pese a que las ciencias jurídicas y el derecho son disciplinas que tienen sus orígenes hace muchos siglos atrás, vemos que conceptos como derecho, derecho indígena, justicia, legitimidad, entre otros elementos, aún no se hallan definidos, más aun en un contexto intercultural del Estado declarado formalmente en instrumentos legales y constitucionales del país.

La antropología jurídica, es considerada como una subdisciplina especializada de en la antropología sociocultural, la misma que constituye una herramienta que permite un análisis más completo de los fenómenos jurídicos dentro de su integridad. Y que en la actualidad ha cobrado mucha importancia no solamente en términos de producción y reflexión académica, sino también por la importancia política que tienen los estudios de las relaciones de poder (en términos de Pierre Bourdieu) en los pueblos y nacionalidades indígenas del país.

La antropología jurídica ha jugado un papel importante en la demanda del reconocimiento del derecho indígena o del derecho propio como lo denomina la Constitución de la República, que el movimiento indígena del Ecuador ha protagonizado desde finales de los ochenta y que poco a poco se ha ido ganado terreno en el ámbito legal.

Esteban Krotz, señala que existen tres campos de estudio de la antropología jurídica: el campo del derecho comparado, como campo de conflictos y de luchas; el derecho como mecanismo de control social y el campo del derecho y la ideología; Las temáticas vinculadas con el derecho indígena han estado siempre relacionados con la antropología jurídica y han sido de diversa índole, como la relación del derecho y la legitimidad, la legalidad, ciudadanía diferenciada, sistemas normativos, entre otros. Pero el papel relevante en nuestro contexto ha sido el derecho indígena, los derechos humanos, y dentro de éste tema, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, que a través de estudios de caso, estudios etnográficos y producción y reproducción teórica, han ido consolidando y dando forma a la propuesta de la construcción de un Estado intercultural y multiétnico.

Esteban Krotz en su obra *Sociedades, conflictos, cultura y derecho* desde una perspectiva antropológica, luego de abordar conceptos como de cultura y el derecho, determina al menos dos elementos provechosos para el estudio sociocientífico del derecho:

a) “El que la antropología como ciencia de la alteridad estudia cualquier fenómeno social, implica que en cada momento testimonio la diversidad social y cultural de la especie humana y vuelve visible la heterogeneidad sociocultural omnipotente. Más específicamente en cuanto al derecho, la antropología pone de manifiesto la multiplicidad de prácticas e ideas jurídicas, conductas y normas legales.

b) El concepto semiótico de la cultura, según el cual la antropología no es una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones, por lo que el análisis consiste en desentrañar las estructuras de significación de la colectividad que la comparte. Ciertamente se trata aquí de un acercamiento muy sugerente al estudio de los fenómenos jurídicos, pues este no se limitará al registro de acciones y a la recolección de expresiones verbales, sino se interesa también por el mundo de las ideas, los estereotipos, las predisposiciones y las evaluaciones” (Krotz, 2001: 37).

Estas características de los estudios antropológicos que propone Krotz, hacen que tengan una naturaleza esencialmente crítica y hasta “subversiva”. Esto es el fundamento para que el derecho indígena y la jurisdicción indígena hayan tenido un notable desarrollo legal y constitucional en nuestro medio, porque los estudios de caso

que han presentado muchos investigadores sobre prácticas de la administración de justicia indígena, como es el caso de “La Cocha”, materia de esta investigación, no se han limitado a una simple etnografía o recolección de datos de lo ocurrido en el año 2002, en dicha comunidad, sino que, estos estudios han desentrañado las significaciones de los elementos simbólicos presentes en el acto de administrar justicia, elementos simbólicos, como la dualidad entre hombre y mujer relacionado al acial y las piedras, al agua fría y la ortiga, al “consejo por parte de los ancianos o de los autoridades comunitarias, al acto del timonar, y a la armonía comunitaria y familiar.

El objetivo de la antropología jurídica con respecto al derecho indígena no es construir modelos de aplicación general abstrayendo los contextos culturales, sino dar cuenta de la manera en que los sistemas jurídicos se encuentra inmersos en la cultura y el poder, de ahí en el país cada nacionalidad, cada pueblo reivindican su propio sistema jurídico, no se trata de estandarizar el derecho indígena kichwa para todos los pueblos de la nacionalidad kichwa, como ocurrió con la lengua kichwa por ejemplo, puede hallarse razones en el campo pedagógico o lingüístico, o puede haber otras razones, pero la estandarización es un mecanismo que han utilizado los poderes políticos y económicos del país para crear una sociedad “homogénea e igualitaria” una aspiración del monismo del Estado, que ha fracasado en el mundo entero.

La antropología jurídica busca

“explicar fenómenos mediante la búsqueda de estructuras subyacentes a lo observable y explícito así el estudio científico social de lo jurídico sobrepasa las fronteras del fenómeno legal propiamente dicho y contribuye al conocimiento de la sociedad analizada en su conjunto” (Aubert, 1969:11, citado por Krotz, p.24).

Por su parte Victoria Chenaut y Teresa Sierra señalan que la antropología jurídica se ha convertido en un importante campo de especialización de la antropología latinoamericana debido a la actualidad de los temas que estudia y la importancia política que estos han cobrado, sin embargo aún es necesario enriquecer y aclarar los enfoques y métodos de investigación.

Victoria Chenaut y Teresa Sierra presenta el desarrollo de la antropología jurídica anglosajona contemporánea, principalmente norteamericana e inglesa con el fin de destacar cuestiones importantes para la antropología jurídica latinoamericana

Las autoras sintetizan los debates conceptuales en torno a varios enfoques de la antropología jurídica: el enfoque normativo basado en el estudio de las instituciones y el orden social, el estudio se centra en los códigos y normas que regula la vida social y los comportamientos de las personas; el enfoque procesual que plantea la problemática de la antropología jurídica desde distintos procesos jurídicos que son parte inevitable de la vida social.

“Mientras el paradigma normativo insiste en delimitar el campo de lo jurídico al estudio de las instituciones y las normas, la perspectiva procesualista toma distancia de una visión y positivista del derecho, para interesarse en las dinámicas de la ley. El derecho debe ser entendido como un fenómeno incrustado en la cultura y las relaciones sociales, y como un lenguaje para disputar resultado de las negociaciones de los actores sociales. La perspectiva contemporánea de la historia y del poder ha significado un cambio radical con los paradigmas anteriores, al cuestionar la visión ahistórica y armnicista prevaleciente en ambas posiciones e insistir en el poder y el cambio como ejes estructurales del derecho.../. El Marxismo y más adelante las corrientes históricas, interpretativas y posmodernas desarrolladas en las ciencias sociales, influyeron en la nueva conceptualización del derecho como fenómeno social inserto en las dinámicas del poder y del cambio” (Sierra y Chenaut, en Krotz: 2002,153).

En contraposición del paradigma procesual propone centrarse metodológicamente en los procesos de disputa y en las interacciones entre los litigantes teniendo en cuenta los diferentes tipos de relaciones sociales a partir de los cuales surge el conflicto, así como su contexto social.

Hacen referencia también de los cambios registrados en los paradigmas anglosajones a partir de la década de los ochenta, se trata de los aportes de los estudiosos de la costumbre jurídica desde la perspectiva marxista, que rompieron la

visión romántica de los sistemas jurídicos no occidentales como armónicos y no contaminados por el derecho impuesto por los colonizadores.

El pluralismo legal planteado desde la antropología jurídica muestra distintas acepciones como la del pluralismo jurídico y la interlegalidad propuesto por Boaventura de Souza Santo, han aportado novedosas perspectivas teórico metodológicas que proponen estudiar al derecho como un elemento en disputa, donde los actores resignifican el derecho positivo y lo utilizan para cuestionar la dominación y el poder de los grupos dominantes.

“La esfera de lo jurídico es vista por la antropología como un aspecto de la realidad social, como un aspecto cultural entre otros, que se encuentra inmerso y forma parte de la estructura de cualquier poder político vigente” (García, en Fernando Flores Jiménez: 2004, 30)

La construcción teórica del pluralismo jurídico ha sido también uno de los campos explorados por la antropología jurídica, desde esta perspectiva se habla de dos tipos de pluralismo jurídico: el denominado pluralismo jurídico clásico y el también denominado nuevo pluralismo jurídico. El primero tiene relación a la coexistencia de uno o más derechos “Nativos” al lado del derecho europeo o “moderno” dentro de un mismo espacio social. Así por ejemplo la convivencia del Derecho Hindú al lado del Derecho Anglosajón en la India, es decir, "el pluralismo clásico referido a la situación histórica producto del colonialismo". (Sierra y Chenaut: 2002, 234)

Sally Merry señala tres contribuciones del pluralismo jurídico clásico al desarrollo del pluralismo jurídico:

- 1.- Es el análisis de la interacción entre órdenes normativos que son fundamentalmente distintos en su estructura conceptual subyacente.
- 2.- Una atención a la elaboración del derecho consuetudinario como históricamente derivado.
- 3.- Delineación de la dialéctica entre órdenes normativos.

“Para reconocer el Pluralismo Jurídico en casa, se requiere rechazar lo que Griffiths llama la Ideología del centralismo legal” la noción de

que el Estado y el sistema de abogados, cortes y prisiones es la única forma de reordenamiento (Sally, 1988:5)

El nuevo pluralismo jurídico está referido a la coexistencia de varias formas de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho europeo o moderno, dentro del espacio social propiamente de éste. “El nuevo Pluralismo legal referido a toda forma de regulación vigente en cualquier sociedad, incluidas las sociedades urbanas contemporáneas” (Sierra y Chenaut, 2002:43).

Sierra y Chenaut nos muestran una serie de debates que han surgido en torno a una concepción amplia del pluralismo jurídico los mismos que giran en torno a dos ejes: La definición del derecho y el lugar particular del derecho el Estado en los escenarios plurales. Existen por lo tanto una variedad de posiciones y definiciones del tema así tenemos: Uno de los primeros antropólogos jurídicos en sostener una visión amplia de pluralismo jurídico es Leopold Pospisil, quien parte de la concepción de los múltiples niveles jurídicos en las sociedades conformando una visión estructuralista de los sistemas sociales dando cuenta de esta forma de realidades empíricamente observables.

Moore en cambio nos habla de campo social semiautónomo para dar cuenta que los sistemas sociales generan su propia regulación a través de reglas, costumbres y símbolos pero que sufren también de influencia de otras fuerzas que provienen del mundo social en el cual se encuentran inmersos es decir que el orden dominante penetra el orden subordinado sin dominarlo totalmente lo que existen espacios para resistir y maniobrar.

La definición de Sousa Santos mencionada muestra que entiende al pluralismo, en este caso jurídico, como una diversidad existente de solucionar conflictos que dependen de órdenes de la vida en constante transformación y cambio. Un mundo de mezcla y movimiento que no puede ser desdeñado a la hora de analizar los conflictos sociales como el que nos ocupa.

El pluralismo jurídico Raquel Yrigoyen es

"La perspectiva teórica que nos permite hablar de la existencia de varios sistemas jurídicos (por tanto del derecho indígena) dentro de un mismo espacio geopolítico, y no meramente de costumbres, es la del pluralismo legal" (Yrigoyen, 1998: s/r). El pluralismo legal es una perspectiva teórica que se opone al monismo jurídico. Desde la concepción monista sólo puede haber un derecho dentro de un Estado; desde una pluralista, se admite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico (Yrigoyen: 1998; citado por Sánchez, 1998. 57)

"El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial por la presencia de un derecho indígena y un derecho impuesto. En períodos de revoluciones o cambios modernos, por la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo; en situaciones de presencia del comercio internacional (*lex mercatorum*) con sus propias reglas frente a los derechos nacionales; en países independientes con poblaciones indígenas; en países modernos o poscoloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales, o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regulan en varias esferas de la vida social y les permite resolver conflictos.

Una situación del pluralismo jurídico significa la coexistencia de varios sistemas jurídicos, estén o no reconocidos legalmente dentro de un Estado. Por lo general cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial y o realmente perseguidos y reprimidos. Ello obliga a tales sistemas a vivir en la clandestinidad y adaptarse para poder sobrevivir." (Irigoyen: 1999)

El aporte de la antropología jurídica no solo ha sido el asegurar la vigencia del derecho y la jurisdicción indígena, sino que constituye en una herramienta para que, de las declaraciones legales y constitucionales de la interculturalidad se cree condiciones para "interculturalizar" el Estado, esto es construir condiciones para que el derecho y la jurisdicción indígena entren en interacción e interrelación con el derecho "oficial", y constituya además un espacio de diálogo y construcción epistémico de temáticas que aún siguen latentes en el debate nacional, como por ejemplo los mecanismos de coordinación entre las dos jurisdicciones, los sistemas jurídicos indígena y como armonizar los sistemas jurídicos de diferentes pueblos y nacionalidades sin ello signifique estandarizar el derecho indígena entre otros, todo encaminado hacia la construcción de un estado constitucional de los derechos y justicia, tal como lo expresa la Constitución de la República vigente, ya que no se trata simplemente de un cambio semántico, al contrario tiene un enorme contenido simbólico, la superación definitiva

del estado legalista que ha prevalecido desde la época republicana para adoptar un estado garantista de los derechos.

La antropología jurídica ha servido para entender y desentrañar elementos simbólicos que se hallan implícitos en el momento que las autoridades indígenas aplican la justicia, como en el caso La Cocha, la justicia indígena no es simplemente lo que las pantallas de la televisión proyectan el acto hacia los televidentes, de tras de las imágenes proyectadas existe todo un cúmulo de elementos simbólicos que tienen su propia significación en un contexto cultural determinado que responden en cierta medida al proceso de construcción de su propia historia.

Este es el caso de la ortiga y del agua fría, son elementos simbólicos que están presentes no solo para el castigo por las faltas cometidas, sino, en procesos de sanación de los espantos, el mal viento, el kuichi, y de las malas energías, la combinación de estos elementos generan procesos químicos y biológicos en la persona que permite recuperar su equilibrio. Hay que entender también que en ámbito comunal existen relaciones de solidaridad que no son mercantiles y eso crea una solidaridad, de ahí que todo el proceso de investigación hasta el cumplimiento de la sanción o el Paktachina, no representan costos para las partes, al contrario, tiene un efecto de cohesión política, cultural y simbólica.

CAPITULO II

BASES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS QUE RECONOCEN EL DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO JURIDICO EN EL ECUADOR.

Desde los años 80 a la actualidad se han dado cambios importantes en las demandas de los pueblos y nacionalidades indígenas del país, y la respuesta del Estado a estas demandas han sido relativamente importantes desde desarrollo legal-constitucional, así el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que hiciera la Constitución de 1998 fue un primer paso y de vital importancia que sirvió para la ratificación y la institucionalización del pluralismo jurídico y la jurisdicción indígena en la Constitución de 2008.

No obstante, la Constitución de 2008, al menos a nivel normativo deja de lado el Estado monocultural, para dar paso al modelo de Estado Intercultural y Plurinacional declarado en el artículo 1 de la Constitución de la República. La plurinacionalidad significa admitir que dentro del Estado ecuatoriano conviven varias nacionalidades con sus propias especificidades, no obstante, hay que definir adecuadamente los alcances de la plurinacionalidad, que básicamente es reconocer los diferentes pueblos, culturas y cosmovisiones existentes y que todas las políticas públicas como educación, salud y vivienda reconozcan esa dimensión plurinacional.

En cambio la interculturalidad va más allá del reconocimiento oficial de la diversidad, es un proyecto político en el cual las culturas entren en un proceso de diálogo en igualdad de condiciones, que busca el cambio de actitud a todo nivel. La interculturalidad como proyecto de sociedad “no permite que los pueblos sean tratados como minorías, sino, que atraviesa a todas las normas, instituciones prácticas del país, Promueve el conocimiento, la convivencia la equidad y la acción creativa entre los diversos. Es un proyecto político y social que requiere la transformación estructural, institucional y relacional (Walsh: 2010).

Desde esta perspectiva de la interculturalidad, la justicia indígena debe ser considerada como una opción para todos los habitantes del país, sin importar la

pertenencia ética, las partes en conflicto deberían definir la jurisdicción en la cual sean investigados, procesados y sancionados si hubiere lugar, como sucede actualmente con los Hampikwasik (hospitales o casas de salud), el paciente define con quien hacerse atender, si con un hierbatero, una partera, kuypichak o con un ginecólogo, o médico general, el punto en común en los pacientes es curar la enfermedad, gozar de buena salud, o prevenir una enfermedad, no importa los medios para lograr.

A nivel de normas infra constitucionales se ha desarrollado algunos avances, así el 9 de marzo de 2009, se publicó en el Registro Oficial el Código Orgánico de la Función Judicial, este Código regula la estructura de la Función Judicial, las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley, la jurisdicción y competencia de los jueces, y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y en la parte final del artículo dos dice que regula otros sujetos que intervienen en la administración de justicia, en este grupo de los “otros sujetos estarían las autoridades indígenas. Hubiese sido importante que de manera expresa se determine o se regule con mayor amplitud el accionar de las autoridades indígenas, no obstante, pienso que es de vital importancia el desarrollo de la justicia indígena y de sus autoridades en un Código con rango infraconstitucional.

Es importante señalar que el Código Orgánico de la Función Judicial, determina como principio de la aplicabilidad directa de la norma Constitucional, principio que ya recogía en la Constitución de 1998, y que en la actual no lo determina expresamente. Este principio es muy importante ya los operadores de justicia de la jurisdicción ordinaria no podrán alegar la falta de ley para la aplicación de las normas constitucionales, que según el Código es de aplicación obligatoria e inmediata. Estos elementos y otros los desarrollaré más adelante, por razones metodológicas y de jerarquía normativa iniciaré el análisis de los articulados de la actual Constitución que hacen referencia a la Jurisdicción Indígena y al pluralismo legal.

Otra Ley importante que reconocen los derechos colectivos, como el de las autoridades propias, normas e instituciones, es el Código Orgánico de Organización

Territorial, Autonomía y Descentralización, en el cual reconoce las circunscripciones territoriales de Comunas, Comunidades, pueblos y Nacionalidades indígenas, Indígenas, Afroecuatorianas y Montubias, como regímenes especiales de gobierno autónomo descentralizado establecido por la libre determinación de los pueblos, nacionalidades, comunidades indígenas, afroecuatorianos, y montubias, en el marco de sus territorios ancestrales, los mismos que se regirán por la Constitución, instrumentos internacionales y sus estatutos constitutivos y en el marco de los derechos colectivos bajo los principios de interculturalidad y plurinacionalidad.

La Constitución de la República del Ecuador.

Análisis del artículo 171 de la Constitución de la República de la Constitución de la República.

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 que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

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

Este reconocimiento implica:

1.- El reconocimiento del sujeto titular de este derecho, que son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con sus formas particulares de organización social, económica, política y jurídica.

2.- Cuando la Constitución hace referencia a las

"autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas" se trata de las autoridades que según los sistemas indígenas tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida social. "Por tanto, el pueblo indígena a través de su propio derecho determinará quien es la autoridad indígena facultada para aplicar la regla de conducta de sus miembros. De tal manera que, la autonomía no es una palabra, es una capacidad que tenemos de organizarnos, de regularnos y de resolver los conflictos, nosotros mismos. Si el Consejo de la Judicatura, nombra al juez, ese juez no es un juez indígena es un juez estatal, en lugar de ser mestizo es indígena eso y nada más, porque el poder viene del nombramiento que le extiende la Corte Nacional o el Consejo de la Judicatura. En cambio el poder de la autoridad indígena viene de la comunidad o pueblo indígena." (Llasag, 2001: 213, en INREDH, Serie Investigaciones 4, 2001: 213)

3.- Al referirse a las "sus tradiciones ancestrales y su derecho propio," el nombre derecho propio es como preferimos llamar al interior de los pueblos indígenas a las normas a las cuales nos regimos. El reconocimiento incluye no solo a las normas actualmente vigentes de los pueblos indígenas, sino a su potestad legislativa específica para producir normas, ya sea creando o modificando, a fin de regular su vida social y organizar el orden comunitario interno.

"Por ello, posiblemente de una forma lo hagan los Kichwas, de otra forma los Shuaras, Los Cofanes, Los Eperas, etc. Este derecho es tan respetable como el derecho estatal. Los pueblos indígenas tienen su propio mecanismo para crear sus normas, para crear una regla. De la misma manera que la autoridad indígena no podrá indicarle a la autoridad estatal como ha de crear una ley, ésta no podrá indicarle como ha de crear el derecho indígena ni quien ha de aplicarlo." (Llasag, 2001: 213, en INREDH, Serie Investigaciones 4, 2001: 213)

4.- Según la teoría clásica del derecho procesal uno de los tres elementos de la jurisdicción es la notio, que se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponde a cada juez, en este caso a las autoridades de los pueblos indígenas. La notio presupone la facultad de citar a las partes, recaudar las pruebas, hacer notificaciones, etc. Las reglas de competencia siguiendo a esta teoría, está determinada por la materia, personas y territorio.

La Constitución Política no hace ninguna limitación de la competencia de la autoridad indígena en cuanto a la materia, por tanto, será competente para conocer todo

tipo de materia, que por cierto en el derecho indígena no existe la división que conoce el derecho estatal.

Esta disposición constitucional establece una limitación en lo que al territorio se refiere, toda vez que manifiesta que las funciones jurisdiccionales las ejercerán dentro de su ámbito territorial.

Entonces, lo que nos queda por indagar es ¿qué se entiende por conflicto interno?. La respuesta no es tan fácil.

Obviamente no existe duda, que la infracción de las normas internas del pueblo indígena, cometidas entre sus miembros o entre un miembro y un no miembro dentro de la jurisdicción territorial del pueblo indígena, es un problema interno, por tanto, de competencia del pueblo indígena en donde se cometió la infracción. De igual modo sucedería en el caso que entre miembros de un pueblo indígena violen una norma interna fuera del territorio indígena.

Inclusive, las infracciones de las normas internas del pueblo indígena cometidas por no miembros de los pueblos indígenas dentro de su jurisdicción, serán de competencia de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en función de la jurisdicción territorial.

Cuando dos no miembros de los pueblos indígenas cometan un acto dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena, en el cual no está previsto como infracción, pero que dentro de la jurisdicción estatal sea considerada infracción, será de competencia estatal para conocer y resolver el asunto, en base al derecho positivo.

El asunto se torna discutible, cuando dos miembros de los pueblos indígenas cometen una infracción de la ley estatal fuera del territorio del pueblo indígena, o cuando un miembro del pueblo indígena y uno no miembro cometan una infracción de la ley estatal también fuera del territorio indígena; así como, cuando un miembro del pueblo indígena con un no miembro cometen un acto determinado como infracción en

el derecho indígena y lo cometan fuera del territorio indígena, en este último caso, puede ser considerado como un conflicto interno, pues, se viola una norma interna de la comunidad, que desestabiliza el orden social establecido.

En los casos, en que fuera de competencia del juez estatal, está plenamente garantizado que jueces estatales que juzguen a los miembros de los pueblos indígenas deben considerar su cultura y costumbres, conforme lo establece el Art. 9 del Convenio 169 de la OIT⁴. Esto puede dar lugar a la exención de responsabilidad penal cuando la comisión del hecho punible se basa en un condicionamiento cultural. Si se impone sanciones en estos casos, éstas deben ser perfectamente alternativas a la cárcel, por así ordenar el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT⁵.

Cuando se discute la competencia de las autoridades indígenas en cuanto al territorio es importante precisar cuál es el territorio indígena. El territorio incluye no solamente los reconocidos como propiedad individual o colectivo, sino también los que tradicionalmente han sido ocupados por el pueblo indígena, así lo establece el Art. 14 del Convenio 169 de la OIT.⁶ tomando en consideración la dinámica de la producción, reproducción y el sincretismo cultural, se torna un poco difícil la aplicación de este

⁴ Artículo 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

9.2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

⁵ Artículo 10.1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Art. 10. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

⁶ Artículo 14 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

artículo, por la conformación de pueblos distintos, particularmente en la sierra central del país.

La aplicación de este artículo conlleva a la reestructuración geográfica interna del país, que hasta cierto punto, es viable, la situación es la condición étnica de los habitantes dentro de un determinado espacio.

En resumen se ha de considerar conflicto interno, cuando se violente una norma interna, ya sea por sus miembros o no miembros.

5.- Se reconoce a los pueblos indígenas el iudicium, otro de los elementos de la jurisdicción en la teoría clásica del derecho procesal, que consiste en la facultad de resolver el asunto sometido a consideración de la autoridad indígena.

6.- Finalmente se reconoce el imperium, que consiste en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectiva las decisiones. Si bien, en el interior de los pueblos indígenas, existen mecanismos de garantizar las resoluciones adoptadas por sus autoridades que son de carácter étnico cultural, como por ejemplo la vergüenza pública, la deuda moral, entre otros, en la práctica, existen dificultades que a veces terminan en conflictos mayores al momento de exigir el cumplimiento de sanción, a esto hay que añadir el nivel de complejidad de los conflictos, como los asesinatos o las violaciones . Así expresan el Presidente de Papparawa y el de la Comuna de Cobos Grande, el señor Felipe Changoluisa.⁷

⁷ Hugo Mayancha, presidente de la Comunidad Papparawa, de la parroquia Curaray, cantón Arajuno, provincia de Pastaza, al preguntar sobre las dificultades para la aplicación del derecho propia dice: “para llegar a nuestra comunidad solo se puede hacer a través de las avionetas y por pica que tarde más o menos un día y medio de caminata, y la mayoría de los problemas de la comunidad lo hemos arreglado aquí mismo, pero hoy muchos jóvenes han tenido la oportunidad de salir hacia el Puyo u otras ciudades a estudiar, a través del programa de becas que tienen firmado la comunidad y la empresa AGIP, u otros, han salido a trabajar fuera de la comunidad, y los problemas se han hecho más complicados, por ejemplo habido varios intentos de violación a las enfermeras de la comunidad, y la gente tienen conocimiento de quienes son, pero no quieren decir nada tal vez, por que no quieren meterse en problemas, pero sobre todo, porque no tenemos medios para hacer cumplir la sanción que se les impone, por eso, han venido hasta la comunidad personal de la policía para dar charlas sobre seguridad ciudadana”. El señor Felipe Changoluisa, de la Comunidad Cobos Grande, de la parroquia Cusubamba, cantón Salcedo, ante la misma pregunta, responde. “la gente no nos quieren hacer caso, se les amenaza con quitarles el agua, pero mejor salen más bravos y me han amenazado con demandar”

Hay quienes sostienen que la facultad de resolver conferida a las autoridades de los pueblos indígenas está limitada por cuanto no deben ser "contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales". Si el derecho a administrar justicia es un derecho humano colectivo reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas, no podría restringirlo ninguna ley, si de hecho lo limita estaremos frente a una ley inconstitucional y por lo tanto inaplicable.

El conflicto surge, cuando el pueblo indígena haciendo uso de su derecho humano colectivo constitucional, impone una sanción que esté en contradicción con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución Política para todos los ciudadanos ecuatorianos. En este caso, tendríamos que preguntar ¿cuál de los derechos humanos prevalece, el colectivo de los pueblos indígenas o el individual?. Me parece que la mejor opción es llegar a un diálogo de "interlegalidades" que lo denomina Boaventura de Souza Santos, o permitir el desarrollo de la interculturalidad jurídica.

Pero, ello implicaría, conocer y entender a esas colectividades diversas y esto demanda de elementos intersociales, interculturales y multidisciplinarios que permitan construir sistemas lógicos estructurados, eso a su vez obliga a cambiar tanto la mentalidad como los referentes y actitudes racistas y etnocéntricas, porque dichos marcos no permiten análisis científico alguno. Pero ese cambio, también tiene que producirse al interior de los pueblos indígenas, porque igualmente hay visiones indígenas culturalmente aceptadas y practicadas por mucho tiempo, pero que no necesariamente son expresión de lo bueno y mucho menos de la norma.

"Por tanto, así como es importante que los miembros de la sociedad hegemónica acepten que existen diferentes concepciones de hombre, sociedad y maneras particulares de organizar el mundo, que no hay seres humanos con condiciones biológicas superiores o inferiores, es indispensable también, que algunos pueblos indígenas inicien procesos mentales y ejercicios de enfoque para poder ver de otra manera, lo que sólo se logra

mediante una dinámica de diálogo que permita ir aprendiendo por fuera del propio referente" (Sánchez, 1999 s/r).

Atribuciones de las autoridades indígenas.

Atribuciones de legislación.

Los pueblos indígenas, tienen facultades de crear normas, de acuerdo a las necesidades internas, en el contexto del Estado plural, ya no tiene la exclusividad la función legislativa para crear normas, cuando se trata de regular la vida interna de los pueblos indígenas.

Este reconocimiento incluye “no solo a las normas actualmente vigentes de los pueblos indígenas, sino también su potestad normativa específica, su competencia para producir normas (crearlas modificarlas) a fin de regular su vida social y organizar el orden público interno” (Yrigoyen, s/r), es decir, los mismos pueblos indígenas serán quienes determinen las reglas para crear o modificar las normas.

La actual Constitución de la República en su artículo 57 numeral 10 dice:

“Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios declaraciones internacionales y demás instrumentos internacionales de derechos humanos los siguientes derechos colectivos: numeral 10. Crear, desarrollar aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales en particular de las mujeres niñas, niños y adolescentes. ” (Constitución de la República, 2008: artículo 57)

Atribuciones de administrar justicia.

En 1998 el Ecuador ratificó el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y el efecto inmediato de la ratificación es que el contenido del referido

Convenio forma parte del ordenamiento jurídico de nuestro país y prevalece sobre leyes y otras normas infraconstitucionales.

En ese mismo año, la Constitución anterior en concordancia con las normas del convenio indicado hizo un importante avance jurídico pluralista, en el que reconoce una serie de derechos a las colectividades de los Pueblos Indígenas, y que la Constitución de la República de 2008, lo ratifica y expresamente determina la facultad para las autoridades de los pueblos indígenas la facultad de administrar justicia en base al derecho propio de estos pueblos, con la condición de que no sean vulnerados derechos constitucionales en particular de las mujeres niñas, niños y adolescentes, así lo expresa el artículo 171 de la Constitución vigente:

“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 que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales”. (Constitución de la República, 2008: artículo 171)

El avance importante, para efecto de nuestro trabajo es el reconocimiento “explícito del pluralismo jurídico, tanto como sistemas de normas de conducta cuanto como sistemas de solución de conflictos” (Julio César Trujillo, *Justicia Indígena*:93) .

3.- La facultad de conocer y resolver los asuntos de su competencia, es decir, de acuerdo a la Constitución, la competencia de la autoridad indígena recae sobre los “conflictos internos”, sin importar los niveles de conflictos o la materia que comúnmente conoce el derecho positivo.

Atribuciones de designación de autoridades.

Pese a que en la mayoría de las comunidades han seguido un patrón para la elección de sus autoridades, “a través de la votación”, las autoridades de los pueblos indígenas han de ser designadas de conformidad a lo que disponga el derecho propio. El Estado no intervendrá o no normará mecanismos de designar a las autoridades

indígenas, en la práctica, aún se aplica las normas establecidas en la Ley de Comunas de 1937, es decir, la conformación del Cabildo con sus integrantes y mecanismos de elección, ley que quedó en desuso desde 1989, en el cual el Estado ecuatoriano reconoció constitucionalmente el derecho de la autonomía interna de los pueblos de raíces ancestrales.

Competencia de la autoridad indígena.

Competencia material.

La Constitución Política ecuatoriana no hace ninguna limitación de la competencia de la autoridad indígena en cuanto a la materia o la gravedad del hecho, por tanto será competente para conocer todo tipo de materia, toda vez que en el derecho indígena no existe la división que conoce el derecho estatal. “y donde la Ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir.” (Yrigoyen, s/r)

En el Derecho Indígena no existen normas rígidas ni insalvables para aplicar a los diferentes conflictos internos que pueden presentarse toda vez que el mismo hecho de vivir en comunidad hace que haya más interacción entre sus miembros de tal manera que las sanciones que se establecen en cada caso consideraran diferentes situaciones tanto de índole personal como social. Así tenemos que en los sistemas jurídicos indígenas “(...) con diferentes principios normativos y directrices para la acción concreta. No están siempre y necesariamente garantizados por la coacción mediante un cuerpo especializado. A veces son sancionadas por el mero acuerdo, creencias y controles “difusos”, y transmitidas mediante la creencia en mitos. Igualmente tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social” (Sánchez 2000: 59)

En el mundo indígena no encontramos autoridades especializadas en la resolución de tal o cual clase de problema, las autoridades elegidas conocen toda clase de problemas internos sin hacer distinción de su complejidad, materia o personas. Pues, ni la Constitución de la República, ni el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT lo establecen. Raquel Irigoyen al respecto manifiesta:

"Jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal (si se pretendiera dividir por materias) es de conocimiento del Derecho Indígena. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el Derecho Indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígena están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas" (Yrigoyen, 1999: 90).

Competencia territorial.

La actual Constitución de la República en su Art. 171 establece una limitación en cuanto se refiere al territorio, así dice: "la autoridades de la comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derechos propio, dentro de su ámbito territorial..."

Esto nos lleva a la pregunta ¿Cuál es o como debemos entender el espacio o ámbito territorial, de una comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena?. Al respecto el Convenio 169 de la OIT, conceptualiza al "territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" Convenio Internacional de Trabajo No. 169, Sobre Pueblos Tribales en Países independientes; artículo 13.2), y de manera más sencilla se entiende "aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales". (Sánchez, 2000: 133)

"En principio, el convenio 169 de la OIT (Arts. 13-15) reconoce a los pueblos indígenas el derecho a tierras y territorio como un espacio de gestión colectiva. Se trata del lugar que ocupan o utilizan de algún modo para realizar actividades que les permita su reproducción material y cultural. Por lo tanto, tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio es parte de la definición propia de los derechos territoriales. La competencia sobre el territorio, sin embargo, es un mínimo, pero no un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material. De hecho, por razón de competencia personal, la jurisdicción indígena podría tener competencia extraterritorial." (Sánchez, 2000: 7)

Entonces, para efecto de la competencia territorial éste incluye no solamente los reconocidos como propiedad, sino también los que tradicionalmente han sido ocupados por el pueblo indígena, conforme lo establece el Art. 14 del Convenio 169 de la OIT.

Competencia personal.

Los Derechos Indígenas “están destinados a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros como parte del derecho a la propia vida cultural”, (Yrigoyen, 1999: 91) en este sentido debe tenerse en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas.

Para la determinación de la competencia en razón de la pertenencia étnica, surge una pregunta fundamental, ¿cómo se determina la pertenencia étnica de una persona? o ¿Cuáles son los criterios para considerar a una persona miembro de un pueblo indígena?. Este es un tema que debe dilucidar el Derecho Indígena de cada uno de los pueblos indígenas, pero básicamente, se determina por: la autoidentificación de la persona como miembro o parte de un pueblo indígena y que ese pueblo indígena le considere como miembro. Los pueblos indígenas generalmente lo consideran miembro a las personas que participan activamente en la vida comunitaria: que son fundamentalmente mingas, reuniones, aportes económicos e intelectuales y actos sociales.

Al momento de determinar la competencia por la pertenencia étnica, se presentan varios casos en combinación con la competencia territorial y otras circunstancias, como a continuación lo dejamos puntualizado a modo de ejemplo.

La Constitución de la República no expresa nada sobre este tipo de competencia, por lo cual se entiende que comprenden todas las personas que están dentro del ámbito territorial indígena.

No ha sido mencionada expresamente por la Constitución ecuatoriana, solo hace referencia a “conflicto interno”. Qué es un conflicto interno? Dependerá de lo

que defina el propio derecho sobre que ha de entenderse como conflicto interno. “De la redacción de los textos constitucionales de Colombia y Perú se entendería que la jurisdicción indígena comprende a todas las personas que están dentro del ámbito territorial indígena., pues, lo que rige es el criterio de competencia territorial” (Yrigoyen, s/r)

De ahí que las infracciones de las normas internas del pueblo indígena cometidas por no miembros de los pueblos indígenas dentro de su jurisdicción, serán de competencia de las autoridades de los pueblos indígenas.

Competencia temporal.

Una vez que la autoridad indígena, en base al derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, éste no puede ser sometido al derecho o la justicia estatal, por que a parte de violar el principio constitucional y universal que dice que:nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa, dejaría sin contenido al reconocimiento del derecho indígena; y más aún cuando la Constitución del 2008 es muy explícita al establecer en el inciso 2 del Art. 171 lo siguiente: “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.”

Efectos del reconocimiento.

Cuando el Estado ecuatoriano en 1998, adoptó la nueva Constitución Política y ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, adquirió la responsabilidad de aplicar directa e inmediatamente, así lo determina el Art. 18, inciso 1 de la Constitución Política de 1998: “Los derechos y la garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”. Este

reconocimiento ha sido plenamente ratificado por la Constitución del 2008 en su Art. 10 que dice: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” y esto en concordancia con lo que manifiesta el Art. 11 numeral 3 inciso 1 que dice: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediatamente aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

Efectos de las decisiones de las autoridades indígenas.

Las decisiones tomadas por las autoridades indígenas, han de ser inmediatamente acatadas, ya que éstas están investidas del poder, y poder de acuerdo a Shively “es la capacidad de un individuo para causar que otro haga lo que la primera desea, por cualquier medio”. (Phillips, 1996: 6) Obviamente que las decisiones, deben ser tomadas dentro del marco Constitucional, tomando en consideración los mínimos jurídicos que ha establecido la Jurisprudencia Colombiana, estos son: no matar, no torturar y no esclavizar.

Instrumentos Internacionales que reconocen el pluralismo jurídico y el derecho indígena.

En el ejercicio y defensa del derecho indígena y el pluralismo jurídico se ha remitido básicamente al Convenio No. 169 de la Organización de las Naciones Unidas, que es un instrumento jurídico internacional vinculante, ya que el Ecuador ratificó en 1998, y que trata específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Los países que ratificaron el Convenio, como es el caso de nuestro país están sujetos a supervisión en cuanto a la implementación. Los principales artículos en los cuales se reconoce de manera implícita el pluralismo jurídico y el derecho indígena, o el derecho propio como dice la Constitución actual son:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos 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.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

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

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Otro de los Instrumentos Nacionales que reconocen la pluralidad jurídica, el derecho indígena y la jurisdicción jurídica es Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2007, en esta Declaración explícita y amplía el reconocimiento de estos derechos.

El Artículo 2 de dicha declaratoria reconoce la igualdad de los sujetos colectivos y sus miembros en cuanto a derechos, este reconocimiento es importante ya que del reconocimiento de la igualdad ante la ley de las personas individuales, reconoce esa igualdad entre los sujetos colectivos, esto es, entre distintos pueblos que habitan en una determinada jurisdicción

Artículo 2.- Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de

discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

El artículo 5 de la Declaratoria, guarda relación con lo determinado en el artículo 57 de la Constitución actual, al reconocer a los pueblos indígenas el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Y el artículo 35 de la misma Declaratoria, en concordancia con el artículo 5 referido anteriormente reconocen el derecho de promover y desarrollar sistemas jurídicos propios.

Art. 35 Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

El derecho y jurisdicción indígena en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial, por su condición de ser orgánica goza de supremacía sobre las demás leyes ordinarias, por lo tanto constituye un instrumento de vital importancia para el ejercicio de la jurisdicción indígena y el derecho propio, como desarrollo del pluralismo legal en cuerpos legales infraconstitucionales.

En el artículo 343 del referido Código, establece el ámbito de la jurisdicción indígena señalando que:

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

Artículo que guarda concordancia con el artículo 171 de la Constitución de la República, que lo hemos analizado de manera pormenorizada en el inicio del presente capítulo.

Otro de los elementos importante que incorpora el Código es el principio de la justicia intercultural determinado en el artículo 344. Según el cual los operadores de justicia al sustanciar los procesos o demandas deben tener en cuenta cinco principios:

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

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

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

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

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.” (Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial)

La obligatoriedad para los operadores de justicia de observar los principios referidos cobra mayor importancia, en la medida que existen ámbitos espaciales donde el indígena no está supeditado al derecho propio, esto ocurre generalmente en los centros poblados donde existe flujo migratorio de poblaciones indígenas, en esos casos, los jueces y fiscales y demás operadores de justicia están en la obligación de observar los principios de diversidad, igualdad, Non bis in idem, pro jurisdicción, indígena e interpretación intercultural. Algunos de estos principios que hace referencia este artículo

ya estuvieron presentes en el Convenio 169 de la O.I.T, ratificado por el Estado ecuatoriano en 1998, por lo tanto, dichas normas constituyen de aplicación obligatoria.

El artículo 9, numeral 2 del Convenio expresa: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”; y el artículo 10 expresa “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

No obstante hay importantes elementos que se incluyen, por ejemplo los peritajes antropológicos, para que las infracciones o delitos que tipifican el derecho positivo sean analizadas desde una perspectiva intercultural, como son los casos de la brujería por ejemplo, faltas o infracciones que no lo tipifica el código penal ecuatoriano.

El principio de non bis in idem, es un principio del derecho procesal penal y está contemplado en el Código de Procedimiento Penal, en la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 7, literal i) y el Código Orgánico de la Función Judicial lo ratifica. A pesar de que este principio estuvo vigente en el Constitución Política de 1998, no se ha aplicado salvo en el caso “La Cocha”, materia de esta investigación, ubicado en el cantón Pujilí, de la provincia de Cotopaxi, cuando el Juez Segundo delo Penal Dr. Carlos Poveda se inhibió de conocer aplicando el principio constitucional non bis in idem, es decir, que no pueden ser juzgados dos veces por una misma causa.

La declinación de la competencia es otro de los elementos que se encontraban implícitos en la Constitución Política de 1998, al reconocer a las autoridades indígenas que ejercerán funciones de justicia, no obstante es importante que el Código lo explicita, aunque creo que la declinación de la competencia se debe darse no solo a petición de parte, sino también de oficio, para guardar relación con el principio de la interculturalidad de la justicia, situación que no refleja con claridad el artículo 345 del Código, según el cual:

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

El reto del Estado intercultural es desarrollar mecanismos de eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Para concluir el artículo 346 del Código dispone que el Consejo de la Judicatura determine los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación 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. Esta disposición cobra importancia en el sentido de que no basta con que en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y otros instrumentos jurídicos se incorporen elementos que reafirman los derechos culturales, como el derecho indígena y la jurisdicción indígena y se declare oficialmente al Estado como intercultural, sino, desarrollar elementos para que el Estado y el conjunto de sus instituciones den un giro organizacional y epistémico, esto es, de un Estado con su estructura uninacional, positivista y neoliberal a un Estado intercultural, en ese sentido, Fernando García dice que “la cuestión crítica no sólo es la inclusión de nuevas referencias a la interculturalidad.../sino la perspectiva y conceptualización que orienta esta inclusión” (García: 2008, 486) y habla de la transformación estructural del Estado, y propone “interculturalizar” que “interese por la manera que las demandas, los derechos y las propuestas indígenas y afrodescendientes dan fundamentos para repensar, reconceptualizar y refundar el Estado y la sociedad para el conjunto de los ecuatorianos”. (García:2008,486).

La preocupación del autor no es tanto en torno a la inclusión de elementos interculturales de manera oficial, sino que hace la nueva Constitución para “interculturalizar” para aceptar que existen y pueden coexistir varias racionalidades, no solo la racionalidad cartesiana, como hacer que el conocimiento de los pueblos indígenas interactúen con la otra racionalidad, como entender que hay visiones diferentes con el buen vivir o sumak kausai que establece la constitución, la propuesta del sumak kausai dice García “pone en consideración otra lógica de vida más integral donde el conocer se entreteje con el vivir”.

No “interculturalizar” el campo jurídico, “puede convertirse en poco más que un pluralismo jurídico “unitario” con el sistema indígena subordinado frente al sistema “ordinario”; se corre el peligro de que la justicia indígena sea simplemente incluido como un sistema aparte o paralelo para los indígenas” (García: 2008, 487)

CAPITULO III.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: CASO LA COCHA.

Contexto socio histórico.

Desde la época de la colonia los pueblos indígenas han sido objetos del racismo, exclusión y de explotación, esto significa una desigualdad en el acceso a los recursos, y la restricción - o anulación- a los espacios del poder. Con la conformación del Estado-nación, los grupos que controlan el poder estatal, enfatizan en la existencia de un solo modelo cultural, de ahí que se dará una serie de políticas de exclusión en búsqueda de construcción de una cultura nacional homogénea, una identidad y un modelo de ciudadanía blanca mestiza.

Andrés Guerrero, en su texto “Etnicidades” hace un análisis histórico de la manera en que se fue construyendo el concepto y la significación de la ciudadanía en el ámbito estatal, político y en los sectores indígenas del Ecuador. En los primeros años de la época republicana, este término estuvo identificado básicamente con lo jurídico, es decir, desde el punto de vista del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

Dentro de esta visión liberal de la ciudadanía, los indígenas simplemente no existían, o como diría Carlos de la Torre al hablar sobre la discriminación en el pasado- “los indios eran obligados a volverse invisibles. Tenían que bajar la mirada, aparentar humildad, estupidez en sus relaciones con los blancos y los mestizos. Estos controlaban la mirada y al quitarles la capacidad de ver o reconocer la realidad los convertían en objetos.” (De la Torre, 1996: 74)

Los indios no eran considerados como seres racionales capaces de decidir su propio futuro y por tanto, tratados en forma igual como a todos los ecuatorianos. Aquella manera de entender a la ciudadanía, no ha dejado de ser un concepto meramente formal por parte del Estado, ya que según Andrés Guerrero “La ciudadanía se convierte preponderantemente en un concepto abstracto, como un referente jurídico,

definido en función del Estado que legalmente reconoce derechos a ciertos grupos de individuos y excluye a los demás (los analfabetos, no propietarios, a las mujeres)” (Guerrero, 2000: 19) . Dentro de este grupo de los excluidos, están los indígenas, porque, eran analfabetos, no poseían bienes y además no hablaban el idioma oficial el castellano.

En el estudio realizado por Raúl Llasag sobre los pueblos indígenas en la legislación ecuatoriana, demuestra que por ejemplo en las Constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851 y 1852, condicionaba la ciudadanía ecuatoriana a quienes reunían las cualidades de ser casado o mayor de 21 años, tener propiedades raíces, valor libre de (trescientos en la de 1830) doscientos pesos, o ejercer una profesión científica o industrial útil de algún arte mecánico o liberal, sin sujeción a otro como , sirviente doméstico o jornalero; y saber leer y escribir. Ningún indígena cumplía con los dos últimos requisitos, por tanto no eran ciudadanos.

Las constituciones de 1861,1869, 1878,1884, 1897, 1906, 1929, 1945, 1946 y 1967, eliminan el segundo requisito –tener bienes- , modifican la segunda de 21 años a 18 años pero se mantiene el tercero, es decir saber leer y escribir. Este hecho de igual forma significó marginar de todos los derechos a los miembros de los pueblos indígenas, pues, no tenían acceso a la educación, por tanto eran analfabetos, en esa condición no eran ciudadanos, ni sujetos de derecho. (Llasag, 2001: 207, en INREDH, 2001)

Con el surgimiento de la corriente indigenista en nuestro país, pone en cuestionamiento el tratamiento que ha dado el Estado-nación a los pueblos indígenas, según Fredy Rivera:

“ el indigenismo latinoamericano reconoce la existencia del pluralismo étnico y la necesidad consecuente de elaborar políticas especiales para los pueblos indígenas, pero la forma de construcción de representaciones con respecto a los indios no había cambiado hasta ese momento, de ahí que las acciones que toman los indigenistas con los indios fueron de carácter proteccionista, en el sentido de que necesitaban estar representados por alguien, ya que se les consideraban como seres incapaces de llevar una vida autónoma”. (Rivera, 2001: 207, en INREDH, 2001)

Esta tradición que viene desde la época colonial, se mantuvo hasta la década de los 70 del siglo anterior. Durante este lapso, la dominación, subordinación, el racismo, por parte de los blancos, mestizos y del Estado no habían variado, al contrario desde las instancias del Estado se ha pretendido homogeneizar y construir una sola identidad a través de instancias del Estado como la hacienda que tuvo una vigencia de más de tres siglos, luego mediante ciertos “dispositivos” como la educación, la religión, el sistema administrativo, de justicia, entre otros.

En los años 80, emergen una serie de procesos organizativos independientes y con alto grado de necesidad y conciencia – especialmente las organizaciones que nacen en defensa de sus tierras-, poco a poco la organización indígena del país se iba fortaleciendo, hasta que en 1986 nace la CONAIE, con sus lineamientos políticos e ideológicos del pueblo indígena y en búsqueda de estrategias de fortalecimiento a nivel local y nacional.

En 1990, cuando se logra el crecimiento institucional indígena y su articulación interna y ante las continuas medidas de ajuste estructural tomadas por los gobiernos de turno, -más de cien conflictos de tierra acumulados, la falta de políticas para el pequeño agricultor, etc. se da el levantamiento indígena que movilizó a todas las comunidades del país – según la CONAIE más de un millón de personas-. Esta acción colectiva emprendida por el movimiento indígena, tuvo algunas implicancias dentro del ámbito político y social, una de ellas fue romper con los mitos que se había construido alrededor de los indios, se pone en entredicho aquellos estereotipos de incapacidad intelectual y por tanto de la inferioridad frente al blanco mestizo. Pero lo fundamental es que se pone en evidencia de que en el estado nación coexisten varios pueblos con sus culturas, con sus formas organizativas y administrativas que habían sido negadas por mucho tiempo. Esto servirá en lo posterior para que se reforme la Constitución y se declare al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico.

En 1998, se convoca a la Asamblea nacional constituyente. Esta asamblea era crucial tanto para los partidos tradicionales, -en especial de la derecha- como para el movimiento indígena. La derecha por un lado logró sus objetivos, el de la “modernización del Estado, la desregulación, etc. y por otro, el movimiento indio logró introducir algunas garantías y derechos de los pueblos indígenas, entre ellas el derecho a administrar justicia, a través de sus propias autoridades, normas y procedimientos, poniendo en evidencia el pluralismo jurídico.

De la misma forma en el año 2008, el pueblo ecuatoriano aprobó una nueva Constitución de la República, la misma que introdujo cambios novedosos en todos los ámbitos. Así en el tema que nos ocupa los pueblos indígenas lograron que el Estado sea definido como Intercultural y plurinacional, y la ratificación del reconocimiento del pluralismo jurídico, toda vez que esta constitución reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas su derecho al ejercicio jurisdiccional en la solución de sus conflictos internos tomando como fundamento su derecho propio.

Contexto socioeconómico

Los pueblos indígenas en su mayoría, -incluye la comunidad de la Cocha- por su condición de “inferioridad”, o porque no alcanzaban la categoría de ciudadanos, fueron sometidos a un régimen de subordinación y tutela de los “ciudadanos”

“Como no se concretó el ideal de la igualdad ciudadana. La República otorga a los dueños de fundos un reconocimiento legal de prácticas territoriales de ejercicio de poder. Al abonar el tributo de sus trabajadores indígenas, el Estado republicano adjudica a los hacendados una modalidad de gobierno en la circunscripción de un espacio y sobre un conjunto de habitantes indios. Una circular, por consiguiente, una cuasi ley del Ministro de lo Interior define la llamada “*condición adscripticia*” de los peones indígenas en los Fundos. En su médula, consiste en una suerte de delegación de la soberanía republicana a un “*patrón ciudadano*”... La hacienda era una instancia de dominación, encuadrada en modalidades consuetudinarias de reciprocidad desigual entre el patrón y los indígenas...Ejercía una forma de justicia interna (de patio de hacienda) personal” (la puntuación es mía) (Guerrero, 2000: 25-26)

En el sistema de hacienda, los indios no tenían la posibilidad de adquirir una propiedad, vivían bajo el régimen de los huasipungos, que consistía en el préstamo que hacía el hacendado de un pedazo de tierra a cambio del trabajo gratuito del huasipunguero y su familia, es decir, no eran propietarios, sino, simplemente poseionarios.

Esta modalidad cambia con la aplicación de la Ley de Reforma Agraria de 1963, a través del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización IERAC, hoy Instituto de Desarrollo Agrario INDA.

En el caso de la Comunidad La Cocha, con la vigencia de la Ley de Reforma Agraria y bajo presión de los comunarios, los hacendados se ven obligados a devolver una parte de sus tierras, en las cuales los indios habitaban en calidad de huasipungueros, y proceden con la titularización, sin embargo, las tierras que les entregaron fueron tierras de mala calidad, situados en laderas y los páramos.

A partir de los años 70⁸, como una especie de delegación de responsabilidades que tiene el Estado aparecen las ONGs de desarrollo que jugaron un papel importante en el desarrollo rural de las comunidades. Según Luciano Martínez, estas ONG han pasado por varias etapas:

1.- La primera fase caracterizada por el apoyo a la organización campesina a través de proyectos de desarrollo, a esta etapa se lo denomina también como “campesinista esta fase va desde los mediados de los 70 a mediados de los 80;

2.- La segunda fase lo denomina como productivista, es caracterizado por los proyectos de corte agropecuario, esta fase se puede situar entre la mitad de los años 80 a mitad de los 90; y,

⁸ La presencia de las organizaciones no gubernamentales, se da veinte años atrás, con la presencia de la Misión Andina del Ecuador en las provincias de Imbabura, y Chimborazo básicamente. Pero es a partir de los años 70 de aparecen con fuerza ONGs, de distinto origen y con amplia cobertura sobre todo en la población indígena, ya que la MAE según Bretón se había concentrado en sectores con creciente grado de aculturación.

3.- una fase con corte “micro empresarial”.

El propósito en estas tres fases ha sido el desarrollo de las comunidades indígenas, a través de proyectos de implementación de cultivos alternativos, fertilización, riego, y comercialización. Sin embargo, los resultados son poco alentadores o casi nada, la prueba de aquello es que la pobreza en el medio rural y específicamente en el sector indígena ha crecido.

Según datos proporcionados por varios autores, entre ellos Marco Antonio Guzmán⁹ la pobreza en el Ecuador para el año 2000 habría ascendido al 80% de la población en general. En 22 cantones, más del 90% de la población rural padecía de pobreza. En cerca de 80 Cantones, el 80% o más de la población rural soportaba la pobreza, la mayoría de ellos están ubicados en la región amazónica, en la zona central y en el extremo sur del Ecuador, sobre todo en el sector rural, como nos demuestra las siguientes cifras: en 17 cantones orientales, más del 90% de la población rural sufre pobreza, Y otros cuatro cantones de la provincia de Loja y uno de la alta sierra de Chimborazo con 90,5% de pobreza. En síntesis en 147 cantones de los 215 que tiene el país, el 70% o más de la población rural es pobre.

De la población rural pobre, el sector indígena es el que más soporta la pobreza y la miseria que alcanzan cifras del 90% y el 50 % respectivamente. Según datos estadísticos del Sistema de Indicadores Sociales del Ecuador (SIISE) 9 de cada 10 indígenas, son pobres, en 1999; el 78% de niños del campo vivían en la pobreza en comparación con el 45% de los residentes en las ciudades, y los grupos indígenas eran los más pobres del país alrededor del 93% de niños indígenas pertenecían a hogares pobres¹⁰.

9

Los datos que nos proporciona el autor sobre la pobreza y la miseria han sido tomados de la publicación “Geografía de la Pobreza en el Ecuador” ; de los cuadros “La pobreza en los cantones” de a publicación de la Secretaría Técnica del Frente Social; del Sistema de Indicadores Sociales del Ecuador (SIISE) , así como también del Instituto de Estadísticas y Censos (INEC).

¹⁰ Según Monsalve al hablar de la pobreza se puede identificar al menos tres tendencias de la pobreza: 1.- aquellos enfoques que definen la pobreza en términos de carencia 2.- desde la exclusión social, es decir

Existe una paradoja en relación a la presencia de las ONG y la situación de la pobreza de la región. En el mismo texto. Martínez dice “de acuerdo a estudios recientes, el 33% de las ONG se concentraban en la provincia de Chimborazo, donde el 81% de la población rural es pobre, pero además, en el cantón Riobamba de la misma provincia, se concentraba el mayor número de ONG en el ámbito nacional... (le sigue la provincia de Cotopaxi) (la puntuación y el énfasis es mío) . En cambio si consideramos otras provincias donde el desarrollo rural ha adquirido otras modalidades no ortodoxas: iniciativas privadas (familiares) hacia la diversificación ocupacional como es el caso de Tungurahua, la presencia de la ONG es pequeña correlativa a la disminución de su población pobre (8.23% de ONG y 69.1% de población pobre)”. A que se debe esta situación? No hay capacidad de crear nuevas alternativas de desarrollo donde se articule lo local, lo comunitario con lo regional, nacional o internacional? Será posible un desarrollo aislado?, o es que como dice Breton “sirve para atenuar las contradicciones generadas por el ajuste permitiéndolo así al Estado un abandono menos traumático?”.

La Comunidad La Cocha:

La Cocha es una comunidad que agrupa a 13 sectores, uno de ellos, es Quilapungo, el mismo que se encuentra ubicado al noroccidente de la ciudad de Latacunga, capital de la provincia de Cotopaxi. Los trece sectores conforman la organización de segundo grado denominada: “Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Cocha” UNOCIC”, que a la vez es filial al Movimiento Indígena de Cotopaxi (MIC). Esta comunidad indígena pertenece a la parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi.

la pobreza es producto de la distribución inequitativa y 3.- las concepciones alternativas que se fundan en un crítica radical no solo del modelo sino al estilo global de desarrollo. En nuestro estudio lo estamos entendiendo a la pobreza desde el punto de vista de las carencias de las necesidades básicas y desde el punto de vista de la exclusión.

Descripción del caso:

El día martes 21 de abril del año 2002, una de las familias del sector denominado Quilapungo de la comunidad La Cocha, con motivo del bautizo de uno de sus hijos invitó a la gente de la comunidad al acto ritual religioso, en horas de la noche, y al calor de la fiesta y el aguardiente, se produjo un problema entre dos familias miembros de la comunidad. Producto de ello, cerca de la media noche de aquel día, por efectos de golpes propinados en la humanidad de un comunero, éste se quedó gravemente herido y el día 23 del mismo mes y año se produjo su muerte. Los responsables de la muerte, según las investigaciones realizadas por las autoridades de la comunidad fueron tres personas miembros de la comunidad.

Ante este hecho, las autoridades de la comunidad, en uso de sus facultades, convocaron a una Asamblea General, por la gravedad del caso, recurrieron ante instancias superiores, esto es ante las autoridades provinciales del Movimiento Indígena de Cotopaxi. Luego de largas discusiones y negociaciones deciden imponer la sanción correspondiente a los acusados¹¹. La sanción era una carácter moral “simbólico” y otra

¹¹ ACTA COMPROMISO DE INDEMNIZACIÓN.

“La Cocha a los 5 días del mes de mayo del 2002, siendo las dos de la tarde, la Asamblea General de la Organización “UNOCIC” (Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Cocha), conformada por las trece comunidades filiales: La Cocha, Cocha Vaquería, Cushca, Cocha Uma, Iracunga, Cusualó, Quilapungo, Ponce, Alaló, Caucho, Chicho y Pasobullo, se reúnen en Asamblea a fin de solucionar el conflicto de carácter penal, por muerte del Sr. Male Latacunga, ocurrido el día martes 23 de abril del 2002 en la comuna Quilapungo, como consecuencia de un conflicto familiar el día 21 de abril del 2002, a eso de las 1 de la noche en la farra de la familia Cuchiparte (Sr. Juan Manuel Cuchiparte). En este lamentable hecho aparecen como implicados los señores: Jaime Cuchiparte Guamangate de la Comuna Cusualó, Nicolás Cuchiparte Chiguano de la Comuna Cusualó, Juan Manuel Cuchiparte Umajinga, comuna Cusualó, quienes lamentablemente son causantes de la muerte del Sr. Male Latacunga, y dejan en la orfandad a: José Latacunga Cuchiparte, Daniel Latacunga Cuchiparte; María Inés Latacunga Cuchiparte, Jaime Rodrigo Latacunga Cuchiparte, Nancy Latacunga Cuchiparte; María Fabiola Latacunga Cuchiparte, en total 6 hijos de los cuales los cuatro últimos son menos de edad; además, la viuda Sra. María Santos Cuchiparte Umajinga de 42 años de edad queda embarazada en estado de cinco meses. Con estos antecedentes la UNOCIC, con la presencia de 13 comunas filiales y del MICC (Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi), en uso de sus facultades que les asiste como pueblos indígenas, y en ejercicio de los derechos colectivos establecidos claramente en la Constitución Política del Estado Artículos: 1, 83, 84, y sus numerales 1-15; particularmente por lo establecido en el Art. 191, último inciso, observando los procedimientos del debido proceso y los mínimos jurídicos que en uso y ejercicio de los usos y costumbres propias de las comunidades les permite; proceden administrar justicia, de acuerdo al derecho consuetudinario y resuelven lo siguiente: Adoptar de manera unánime 3 tipos de sanciones: a) Indemnización de carácter solidario, social y humano a favor de los 4 menores y de la viuda (niña/niño que está por nacer), consistente en que los involucrados tienen que cancelar la cantidad de SEIS MIL DÓLARES, que comprende DOS MIL DOLARES CADA INVOLUCRADO. Aclarándose que previo el debate correspondiente se acuerda a cancelar de la siguiente manera: TRES MIL DOLARES en efectivo a la firma de la presente ACTA; y los restantes TRES MIL DOLARES cancelarán luego de tres meses, es decir, desde el mes de agosto del 2002, la cantidad de 60 SESENTA DOLARES CADA UNO Y POR CADA MES, que sumará CIENTO OCHENTA DOLARES mensuales por el pago de los TRES implicados. La misma que será depositada en una libreta de ahorros que se abrirá en uno de

de carácter material: a la condena al pago de la indemnización correspondiente y la aplicación de un castigo físico ritual tradicional de la Comunidad denominado “TIMURINA¹²”.

No obstante de haber resuelto el conflicto por parte de las autoridades indígenas, el Fiscal del Distrito de Cotopaxi, el 3 de julio de 2002, inicia una nueva investigación y dicta auto de instrucción fiscal, en el que se ordena la detención de los tres comuneros implicados considerando que “existen fundamentos suficientes para imputar”.

El problema del desconocimiento de la decisión judicial indígena en el caso de la Cocha por la autoridad fiscal, trae consigo por un lado el problema de desconocimiento de facto del pluralismo jurídico ya reconocido en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT y la implicancia política para los pueblos indígenas. Y por otro, la doble criminalización de los indígenas que han sido juzgados por la autoridad indígena y nuevamente por autoridad de la jurisdicción ordinaria.

Lo actuado por la autoridad estatal pone en evidencia que no es fácil para la justicia ordinaria comprender que la competencia en asuntos internos de los pueblos y

los bancos de la ciudad de Latacunga. El mismo que estará a nombre de la viuda y bajo la custodia de los dirigentes de la UNOCIC y sus filiales.

Además como una de las formas de exigir el cumplimiento del pago del saldo, los implicados proceden a firmar 1 letra de cambio con sus respectivos garantes: Jaime Cuchiparte Guamangate y su garante José Francisco Cuchiparte Pastuña; Nicolás Cuchiparte Chiguano y su garante José Daniel Pilalumbo Latacunga; y, Juan Manuel Cuchiparte Umajinga con su garante Manuel Asensio Vega Pastuña. Quienes se hacen responsables solidarios de este cumplimiento. Además como garantía entregan los tres implicados las escrituras de su propiedad hasta la fecha de su cancelación total, que vence en diciembre del 2003, luego del cual correrá los intereses correspondientes (5% de interés); b) La otra sanción de carácter social, moral y de retorno de armonía y paz entre sus habitantes, se establece lo siguiente: El castigo auténtico de la comuna “el timonar” con todos los materiales existentes en la Pachamama; luego cada implicado en el delito entrará y se presentará en el público, llevando las armas que utilizaron para el delito; es decir, cada uno traerá la herramienta que utilizó: piedra, fucunero y desarmador, y en tercer lugar cada uno recibirá un fuetazo de cada comunidad y el baño de plantas medicinales del medio a cargo de las mujeres. Finalmente los castigados pedirán perdón al público presente; c) Sanción en aporte económico que deben cumplir las dos partes, la viuda y los implicados. Este aporte no es negocio de los dirigentes; sino es solo para cubrir gastos de movilización de los dirigentes y de las brigadas (personas que cuidan el orden en este proceso). Es decir, gastos del proceso. (Esto queda para arreglar los dirigentes sumando los gastos). Para constancia de la actuado, firman: siendo 14h00 y 40 minutos se termina la asamblea y se procede al Juzgamiento establecido en esta ACTA. (Archivos de la Comunidad La Cocha)

¹² Timurina, es una forma de castigo tradicional de la Comunidad indígena La Cocha. Consiste en disculparse ante los miembros de la comunidad, indicando el objeto con el que agredieron y causaron la

comunidades indígenas es de competencia de las autoridades indígenas y no de los jueces de la jurisdicción ordinaria.

En el caso de la Cocha, a más de los problemas planteados pone en discusión la vigencia de un racismo radical y una actitud etnocéntrica hacia los pueblos y comunidades indígenas, que algunos creían haberlos superado. Así lo demuestra el argumento realizado por el Fiscal para solicitar la apelación de la decisión del Juez ante la Corte Superior de Cotopaxi.

He aquí alguno de los pasajes importantes de su argumentación: ...
“Es obvio que el juez está llamado a magnificar en equidad y en justicia la validez de la Ley dentro del derecho y la justicia de los hombres, no obstante a estar sujeto de equivocaciones, Sendero duro, aún más penoso y escabroso cuando las costumbres ancestrales vibran haciendo presente un pasado ambiguo y tenebroso superado a medias por la claridad de una cultura civilizada que induce a un tercer milenio pretendido a dejar en el olvido taras y complejos ancestrales en el reciclaje y el clon de el alba”

..... “Se proclaman capaces para juzgar y sentenciar según sus normas consuetudinarias. Se sustenta en la Constitución de la República la cual aceptan pero no a sus representantes natos . ¿A ellos quién los ordena Magistrados?. La tradición de la comuna, la vejez, la historia escrita en pedazos, mudos renuentes a la memoria. ¿No valen las universidades, el caudal sapiente de un mundo que a paso acelerado marca al conocimiento ilustre de quienes superaron las cavernas, la tribu, el tótem, el tambor, la lanza, el mazo, la pira y el holocausto de las viudas?.”

“.....Las comunidades indígenas tienen facultad de administrar justicia dentro del ámbito social y el grado que no menoscabe la concepción jurídica en la magnitud y profundidad del menester penal sujeto al provo discernimiento de quienes se hicieron ampos para ello con profundo conocimiento de causa que sus títulos y estudios le acredita; no se puede violar la Ley o la razón de la Ley cuando trece comunidades resuelven no poner a órdenes de autoridades competentes a los implicados.....Se duda de la administración de justicia . Esto no da luz verde a rechazar a los jueces y hacer justicia por mano propia. ¡Hay del pueblo que se remite a lo empírico y se aparta de la luz de la ciencia;”...¹³ (la puntuación es mía)

muerde a su compañero, luego deben caminar descalzos llevando piedras en sus espaldas, por todo el área del patio de la casa comunal, finalmente son bañados con agua fría y ortiga negra.

¹³ Extracto del argumento que hace el Fiscal para solicitar la apelación ante la Corte Superior de Latacunga. MINISTERIO PUBLICO - Oficio # 619-2002-MFD-XIL - Latacunga 13 de septiembre de 2002

Pese a que los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la jurisdicción especial indígena data del 11 de agosto de 1998, por lo general los jueces y fiscales, sostienen que no está vigente la facultad de los pueblos indígenas para administrar justicia y resolver los conflictos internos, según los cuales las justificaciones son las siguientes:

1.- Falta de ley que regule la jurisdicción especial indígena, para lo cual recurren a los que determina en el Código de Procedimiento Penal del año 2000 vigente: “En cuanto a los delitos cometidos dentro de una comunidad indígena se estará a lo dispuesto en la ley especial que se dicte de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República”, no obstante, la misma Constitución Política determina que para la aplicación de los derechos humanos establecidos en la Constitución no se alegará falta de Ley. Por tanto, la preceptuado en el Código de Procedimiento Penal, es inconstitucional porque limita el ejercicio de un derecho humano colectivo reconocido en la Constitución a los pueblos indígenas.

2.- Que el texto constitucional, condiciona la aplicación de la justicia indígena, a que esta no sea contraria a la constitución y a las leyes y a los derechos humanos

Para muchos fiscales y jueces y la prensa el acto ritual de bañar u ortigar al infractor constituye una expresión de “salvajismo” y de retorno a la época de las cavernas. Como dice el Fiscal de Cotopaxi, el Dr. Iván León Rodríguez, y creen que es atentatorio a los derechos humanos, no obstante, al ser considerado el Estado ecuatoriano como multicultural y multiétnico, reconoce la diversidad cultural con todas sus expresiones, en las que se incluyen la significación de los derechos humanos.

De allí que es necesario redefinir y reelaborar lo que se debe entender por derechos humanos, se lo debe hacer dentro del marco de la pluralidad y las características de las diversas culturas que coexisten en todos los países. El concepto que actualmente domina fue elaborado bajo los presupuestos del modelo liberal.

“El concepto de derechos humanos descansa sobre un conjunto de presupuestos bien conocidos, todos los cuales son claramente occidentales, a

saber: hay una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales: la naturaleza humana es esencialmente distinta de y superior a, el resto de la realidad: el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que e ser defendida de la sociedad o el Estado”. (Santos,2003:353)

Krotz al respecto manifiesta:

“Necesariamente, un código de los derechos humanos contienen y refleja una determinada visión ideal del ser humano y de la sociedad. Esta visión y su expresión normativa no son estáticas, como lo demuestran los acuerdos internacionales. Sobre la base de numerosos antecedentes, prácticamente todos ubicados en la civilización occidental....(Krotz,2002:39).

El modelo de administración de justicia liberal, está basado en la concepción de un ser racional, único y homogéneo, con lo cual se ha violado el derecho de los pueblo a identificarse con su propia cultura con sus creencias y sus prácticas razón por la cual y al no ingresar dentro del campo de la homogenización muchas de estas prácticas de administración de justicia pretenden ser destruidas a través de mecanismos de persecución a quienes la ejercen y de manera especial a los dirigentes.

Es necesario entonces reconceptualizar los derechos humanos desde una perspectiva diversa y multicultural.

Elementos de la jurisdicción en el derecho indígena presentes en la administración de justicia de La Cocha.

“La teoría clásica del derecho procesal coincide en señalar como elementos de la jurisdicción la *notio*, el *judicium* y el *imperium*. La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia correspondiente a cada juez. Presupone la facultad de citar a las partes, recaudar las pruebas, hacer notificaciones, etc. El *iudicium* es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez. El *imperium*, finalmente, consiste en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales. (Sánchez, 2000, 131)

Los elementos de la jurisdicción indígena, adquieren autonomía en cada uno de los pueblos indígenas. El Derecho Propio es el “que

determina los conflictos de conocimiento de la autoridad indígena, los procedimientos que deben adelantarse para llegar a una decisión, la forma de la decisión y la manera en la que será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión” (Sánchez, 2000, 132)

Si bien, dentro del derecho propio de los pueblos indígenas existen elementos de la jurisdicción estos diferirán no solo del derecho positivo, sino en cada uno de los pueblos indígenas, esto dependerá de las costumbres de cada comunidad o pueblo, por tanto el procedimiento también va a ser diferente, no obstante, existen etapas o procedimientos comunes, etapas que se dieron en el caso de la comunidad la Cocha, que desarrollan los doctores Raúl Llasag y Raúl Ilaquiche. Estas etapas son:

Willachina o willana (demanda o aviso)

Consiste en poner en conocimiento de la autoridad indígena el conflicto suscitado. En la gran mayoría de casos este aviso, se lo realiza de manera verbal, existiendo casos en que también se lo hace por escrito, generalmente esto se da cuando se trata de conflictos intercomunales.

En la mayoría de los casos la autoridad indígena tiene que trasladarse de inmediato al sitio mismo de los hechos a fin de constar los daños ocurridos y recoger las versiones de las personas involucradas y de los testigos.

La mayoría de los problemas, por ejemplo los conflictos familiares, de linderos, chismes, se soluciona de mutuo acuerdo, solamente ante los dirigentes y no llega a la Asamblea, ni se procede a citar, sino los dirigentes concurren a la casa de los familiares afectados, en donde se procede a mediar. Solo en el evento de que no haya acuerdo, se convoca a una Asamblea.

Es decir, la autoridad indígena pone en práctica los principios de celeridad, oportunidad e intermediación. “Cuando hay problemas hay que actuar rápido, en un robo por ejemplo, enseguida mandaba a los vocales a que cierren todos las salidas de la comunidad y enseguida les daba el plazo para que

entreguen a los sospechosos y si no entregaban me iba con todo el cabildo a buscar en la casa de los sospechoso hasta encontrar¹⁴

En el caso de la Comunidad la Cocha, el aviso oficial ante el Presidente de la Comunidad lo hicieron los familiares del fallecido, aunque extraoficialmente el Presidente tenía conocimiento de lo suscitado.

Al preguntar si la Autoridad indígena puede o no actuar de oficio ante conocimiento extraoficial, el Presidente responde, “en algunos casos si hace por cuneta propia de la autoridad, como por ejemplo en este caso de muerte, porque, no solo estaban involucrados personas de nuestra comunidad, sino varias personas, pero hay casos en no hacemos por nuestra cuenta, sino cuando los interesados nos piden o nos ruega, porque pueden decir somos metidos”.

Hacen una distinción entre un conflicto mayor y menor. El conflicto mayor es aquel que pone en desequilibrio la vida de una comunidad entera, y la que causa conmoción social mayor, como es el caso del asesinato, y los menores generalmente se circunscriben a problemas originados por disputas en los bienes intrafamiliares o entre los vecinos de predios.

Cuando el conflicto es mayor, la autoridad actúa de oficio, aunque se oficializa el aviso, cuando los afectados o involucrados les informa y a “ruego” de estos empieza la etapa de la investigación, no así en los conflictos menores, en los que se ven involucrados miembros de un núcleo familiar y generalmente los vecinos, en estos casos por lo general, la autoridad actúa a “ruego” de las partes o una de las partes del conflicto.

Tapuykuna o tapuna (Averiguación o investigación del conflicto)

Inmediatamente de haber conocido el problema inicia el proceso de investigación. “En esta etapa se investiga el problema realizando una variedad de actos como observación

¹⁴ Eusebio Llasag: Ex Preidente de la Comunidad Cobos, del Cabildo Mayor de Cusubamba, Entrevista:

y constatación en el lugar de los hechos, especialmente en el caso de muertes, robos y peleas. La finalidad es entender la magnitud del conflicto, determinar a los responsables, recibir testimonios de los involucrados y en ocasiones, se ingresa a la vivienda o al local donde se puedan encontrar pruebas de los hechos”.¹⁵

Posterior al conocimiento de un suceso de oficio a por aviso de la parte interesada, pueden tomar medidas precautelatorias para encontrar y custodiar las pruebas de la infracción o delito según sea el caso, o para impedir que los autores del delito o infracción se den a la fuga. Las medidas comunes son el cierre de vías estratégicas para evitar la fuga del infractor, o para detener el robo de bienes, sobre todo de ganados, las custodia de la vivienda del presunto infractor, hasta el allanamiento de la vivienda, cuando haya indicios certeros de que el objeto de la infracción se encuentre dentro de una habitación.

En el caso que nos ocupa, inmediatamente dispuso a los comisionados¹⁶, que tomen custodien las entradas y salidas más comunes que tiene la comunidad la Cocha, con el fin de evitar la fuga de los infractores. El presidente de la comunidad estuvo al frente de las comunicaciones a los dirigentes de las comunidades vecinas, y de la organización de segundo y tercer grado.

Gracias a estas medidas, se evitó la fuga de los autores del asesinato y se logró detenerlos, para ser sometidos a interrogatorios por parte de varias autoridades locales, encabezado por el presidente de la comunidad donde se produjo el asesinato.

Chimbapurana o ñawinchina (Confrontación entre el acusado y el acusador)

20 Septiembre de 2006 8citado por Raúl Llasag)

¹⁵ Hans Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, edit., *Justicia comunitaria en los andes: Perú y Ecuador, el tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2006, p. 32.

¹⁶ Personas que forman parte del Cabildo de la Comunidad, una de las obligaciones es la de comunicar puerta a puerta sobre asuntos que serán tratados en una reunión, y son quienes coordinan actividades encomendados por el Presidente de la Comunidad, o la Asamblea.

Es en esta etapa en que tanto el acusado como el acusador, se sientan al frente y ante la Asamblea o ante el Cabildo o el Presidente de la Comunidad, para ser interrogados y determinar las causas que ocasionen algún incidente.

En el caso que nos ocupa, al día siguiente del incidente, el Cabildo y la Asamblea tenían todos los elementos investigados para resolver, estos son, pruebas, materiales, testimoniales y las causas del incidente. No obstante según versiones del presidente de la Comunidad la Cocha “no resolvimos pronto, porque la muerte es algo muy grave para nosotros, por eso pedimos ayuda incluso a los Dirigentes del Movimiento Indígena de Cotopaxi, pensamos dejar para que solucionen en Latacunga como pasó en otro caso de asesinato, si tuvimos el apoyo de toda las comunidades de nuestra organización¹⁷ y decidimos resolver nosotros mismos, aunque había amenazas de que nos iban a mandar a la cárcel”.

Es el primer caso –al menos en la provincia de Cotopaxi- que tardó 12 días para resolver el problema, pese a que la primera y segunda etapa del proceso había concluido, con la recopilación de las pruebas e la identificación de los autores y cómplices del asesinato. La demora se debe precisamente al temor que tenían los dirigentes de ser enjuiciados ante los tribunales ordinarios de la ciudad de Latacunga supuestamente por arrogar funciones de los jueces.

“En otros casos, cuando en esa Asamblea no se ha podido llegar a un acuerdo, o el acusado no reconoce la falta o simplemente hace falta investigar el caso, la misma Asamblea designa una comisión para que investigue o los mismos dirigentes asumen las investigaciones y convocan a otra Asamblea. En esta nueva Asamblea, la comisión o los dirigentes proceden a exponer todas las investigaciones realizadas. Durante toda la etapa tienen la posibilidad de intervenir el acusado, el acusador, los familiares y los miembros de la Asamblea.

¹⁷ “UNOCIC” (Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Cocha)

En la reunión familiar, o reunión de los dirigentes o asamblea, convocada para sanar un problema, luego de escuchar la exposición del afectado o relatado el conflicto, la autoridad comunitaria hace una reflexión de la vida comunitaria, recordando algunos principios como el de armonía, reciprocidad, la paz y no hacer daño al resto, e invita a que las partes lleguen a un acuerdo. Generalmente, el acusado acepta su falta y se compromete a reparar el daño o simplemente pide perdón, en esos casos se concluye en acuerdos mutuos, comprometiéndose a no volver a cometer las faltas y haciendo las paces entre todos los asistentes. Finalmente, las autoridades comunitarias, los líderes indígenas mayores, familiares y otros miembros aconsejan a todos que mantengan el orden dentro de la comunidad.

En consecuencia, repetimos, solo en casos graves y excepcionales de difícil comprobación como el abigeato, asesinato, brujería o robos de difícil comprobación, se proceden a la investigación mediante una comisión o a través de los dirigentes fuera de la Asamblea, y se resuelve finalmente en otra Asamblea convocada para el efecto”.

Killpirichina (Resolución)

Son las resoluciones que toman las autoridades, por lo general las resoluciones son elevadas a Actas, las mismas que tienen fuerza de ley para quienes suscriben, incluso para las autoridades internas o dirigentes, quienes con su firma no solo expresan su presencia sino que tienen una connotación de garantes para que la resolución sea cumplida a cabalidad por las partes en conflicto.

Dependerá del grado de conflicto para que las resoluciones sean tomadas en distintos niveles sociales, como, reuniones familiares, del cabildo o de la asamblea general, y el tiempo en los cuales se resuelva. En el caso de la Cocha, desde que la Autoridad tuvo conocimiento (willachina) transcurrieron doce días para suscribir el acta de resolución. El acta fue suscrito en Asamblea General de la Organización “UNOCIC” (Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Cocha), conformada por las trece comunidades filiales: La Cocha, Cocha Vaquería, Cushca, Cocha Uma, Iracunga, Cusualó, Quilapungo, Ponce, Alaló, Caucho, Chicho y Pasobullo.

Se sancionó de dos formas:

- a) La sanción económica “indemnización de carácter solidario, social y humano a favor de los 4 menores y de la viuda (niña/niño que está por nacer), consistente en que los involucrados tienen que cancelar la cantidad de SEIS MIL DÓLARES, que comprende DOS MIL DOLARES CADA INVOLUCRADO”. (Acta de resolución)

- b) La otra sanción de carácter ritual que tienen la finalidad de volver a la armonía y paz entre los comuneros que consistió en “el castigo auténtico de la comuna “el timonar” con todos los materiales existentes en la Pachamama; luego cada implicado en el delito entrará y se presentará en el público, llevando las armas que utilizaron para el delito; es decir, cada uno traerá la herramienta que utilizó: piedra, fucunero y desarmador, y en tercer lugar cada uno recibirá un fuetazo de cada comunidad y el baño de plantas medicinales del medio a cargo de las mujeres. Finalmente los castigados pedirán perdón al público presente”.

“Las sanciones que se imponen en las comunidades indígenas, van desde consejos de los familiares, padrinos, mayores y dirigentes; multas; trabajos comunitarios; ortigada; latigazos; baño con agua fría; hasta la expulsión de la comunidad y pena de muerte¹⁸. La expulsión es la sanción mas dura que existe, pues, es una muerte comunitaria del individuo, sólo se impone en casos sumamente graves, cuando no es posible reintegrar a la vida comunitaria y corre peligro la vida armónica de la comunidad.

Casi en todas las resoluciones, se establece una indemnización de daños y perjuicios, en combinación con otras sanciones antes referidas o solamente la indemnización.

¹⁸ Emiliano Borja Jiménez, “Derecho penal y derecho indígena: cuatro tesis”, en Fernando Flores Jiménez, comp., *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 140.

La sanción con pena privativa de la libertad, es una excepción. Ya sea por que en la mayoría de las comunidades no existe la infraestructura para ello o porque la privación de la libertad en el mundo indígena es considerada como un mecanismo de aislamiento de la vida comunitaria que no permite la rehabilitación. En las comunidades que se impone este tipo de sanciones son máximos por cuatro días como aparece del Reglamento de la Federación Shuar¹⁹, pero no con fines de aislamiento, sino para que en la soledad pueda meditar, autoestudiar y reflexionar su vida”.

En la comunidad la Cocha no ha existido la privación de libertad como sanción impuesta, sino durante la ejecución de los procesos, en el caso que analizamos, los implicados estaban privados de la libertad por el lapso de 12 días. Bajo custodia de las brigadas que para efectos de investigación se había conformado. Inmediatamente de haber suscrito el Acta de Resolución todos los implicados fueron sometidos a actos rituales cuya finalidad es la de sacar el Chiquiyashka, (energías negativas) y volver al estado anterior, mediante el agua y la ortiga.

Durante la ejecución de los actos rituales en los que se incluyen los castigos físicos y el pedir perdón ante la Asamblea General de la Organización y curiosos, los sancionados, no solo que pasan por una etapa de arrepentimiento, sino por una vergüenza pública.

Paktachina (Ejecución de la resolución)

Generalmente las resoluciones tomadas por las autoridades se ejecutan de manera inmediata, excepto cuando las sanciones referente a reparación de daños materiales y sanciones pecuniarias son altos, para cuyo cumplimiento se otorgan plazos, como en el presente caso, que se establecieron tiempos y formas de pago por concepto de daños y perjuicios.

¹⁹ Ver REGLAMENTO DE CONTRAVENCIONES DE LA FEDERACIÓN DE CENTROS SHUAR, en *Manual teórico práctico: justicia indígena: aproximaciones desde el mundo shuar*, cuyo autor es Milton Avila, Ecuador, 2006, pp. 199-206.

Las sanciones como el látigo, son ejecutados por hombres de buena reputación, en cambio el baño y la ortigada lo hacen las mujeres con iguales características.

Cuando los problemas son de carácter intrafamiliares, quienes tienen la responsabilidad de aconsejar, de bañar en agua fría y de castigar son generalmente los padrinos. Los padrinos tienen la responsabilidad del buen vivir de sus ahijados, y son quienes asumen la responsabilidad de padres en ausencia de éstos.

En una comunidad, no siempre es el dirigente de la comuna, como el Presidente, quien ejecuta las sanciones impuestas al infractor, sino una persona que goza de atributos de honestidad, transparencia y buena conducta.

Los catequistas también cumplen el papel de ejecutores de las sanciones dentro de las comunidades católicas y los pastores en las comunidades con población evangélica u otra secta o religión. (Ilaquiche, 2006:81-84)

Fundamentos de la autoridad estatal (fiscal)

Los argumentos vertidos por el Fiscal del Distrito de Cotopaxi, además del desconocimiento del desarrollo constitucional en el Ecuador se observa una ausencia de elementos jurídicos que sustenten el pedido de la investigación.

Sus versiones se basan en argumentaciones de carácter ideológico de dominación al puro estilo colonial cuando aún se discutía si los pueblos originarios tenían alma o no, o si eran buenos o malos salvajes.

En el primer capítulo desarrollamos con amplitud, las bases teóricas de la esencia de los derechos colectivos y de la pluralidad jurídica expresada en el marco de los convenios internacionales y la constitución de 1989 y la actual constitución. No obstante, para el Fiscal que presentó la denuncia y acusación en contra de los que ya

fueron juzgados por la autoridad competente, este desarrollo constitucional lo desconoce, como habíamos señalado en sus argumentaciones no existen elementos jurídicos con los cuales se rebata la supuesta ilegalidad del proceso sustanciado por los autoridades propias de la Comunidad La Cocha.

En el caso de la Cocha no se discute la culpabilidad de los sujetos involucrados en el asesinato, se discute tan solo si el caso fue juzgado o resuelto por la autoridad indígena y si éste actuó o no con competencia.

El Juez de garantías penales de Cotopaxi, en su dictamen fiscal dice que si fue juez competente, y al ser competente, lo que resolvió esa autoridad es válida, y al ser una sentencia válida no cabe otra sentencia sobre el mismo caso, el juez en su dictamen hace un amplio análisis de las normas constitucionales, de los convenios internacionales debidamente ratificados por el Estado ecuatoriano, y recurre a varias jurisprudencias de la Corte Constitucional de Colombia, con respecto a los fallos de ésta en materia de jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas.

Revisaremos brevemente los argumentos que el Fiscal plantea, él dice:

“... En nuestro ordenamiento jurídico no hay ningún proceso válido que el que no sea el proceso regulado por las leyes estatales”. La Constitución Política de 1998 en su artículo 191, inciso cuarto al que hemos hecho referencia e reiteradas ocasiones dice: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes”,

norma constitucional que ha sido ratificado en la actual constitución. Por consiguiente, ¿hay más procesos válidos que no estén establecidos en la ley?, la Constitución dice que a parte de los procedimientos que regulan las leyes del Estado hay otros procedimientos establecidos por el derecho propio, tal como expresa la actual Constitución de la República.

El Fiscal dice que “hay culturas civilizadas y otras incivilizadas o tenebrosas”. Que decía el Art. 62 de la Constitución vigente hasta el 2008?, que “La cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad... El Estado

fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas”. Actualmente la Constitución de 2008, exige que temas como la interculturalidad sean transversales a todo proceso social, político y económico, basado en el principio básico del respeto hacia la diferencia.

Luego nos dice que “en la Constitución no admite sino la autoridad estatal”, ¿qué nos dice la constitución? Ya nos referimos al Art. 191 del Constitución de 1998 y la actual en su artículo 171? Dice: “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 que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Las dos Constituciones expresan que aparte de la autoridad estatal habrán otras autoridades que son las autoridades de los pueblos indígenas, que se regirán bajo las normas y procedimientos que su derecho, o el derecho propio como dice la actual constitución lo determines.

Dice también que “el Art. 191 puede ser admitido para las faltas leves, pero no para este delito” que nos describe, (que obviamente es grave y horrendo), ya hemos visto que los artículos señalados de las constituciones de 1998 y 2008, no limitan la capacidad de resolver según valoraciones de leves o complejos. El único límite es que los conflictos sean internos y que el derecho propio de los pueblos indígenas no sean contrarios a la Constitución.

A continuación dice “dejar en manos de la autoridad indígena es abandonar las causas a la justicia por propia mano”. La justicia indígena no debe ser confundida con la justicia por mano propia, ésta tiene que ver con la Ley de Talión, esto es, “ojo por ojo, diente por diente” Según Guillermo Cabanellas, la justicia por mano propia es “el sistema punitivo de origen espontáneo y ajustado a impulsos vindicativos sencillo por castigar el delito con un acto igual contra el delincuente. Así se le mata cuando ha matado”,) Cabanellas, 1989).

Siendo este el concepto de justicia por mano propia, “es inadecuado identificar bajo esta denominación a la administración de justicia indígena, ya que esta no se caracteriza por la espontaneidad, existe un procedimiento previo y ni siquiera la pena puede ser igual al mal que se ha causado a la víctima”. (Pacari: 2002)

Cuando hablamos de administración de justicia indígena, estamos hablando de la existencia de norma, procedimientos de carácter público y colectivo, expresados en asambleas comunitarias, existen autoridades competentes como los cabildos. Las partes deben presentar pruebas de cargo y descargo, solicitar la comparecencia de testigos, pueden realizar careos, la autoridad puede conformar comisiones que ayuden a esclarecer los hechos, con todos estos elementos establecen el grado de participación y de responsabilidad para luego dictar la sanción correspondiente.

“En el caso de que en cualquier comunidad indígena un miembro cometa un delito de robo, ni la víctima, ni sus familiares, ni cualquier otro comunero están facultados para ejecutar justicia y mucho menos para aplicar una pena aunque esta fuera del mismo daño o mal que ha sufrido la víctima. Aun más, ni la autoridad competente puede aplicar como pena el propio daño que ha causado a la víctima, puesto que en las normas comunales desarrolladas existen distintos sistemas punitivos o distintas formas de sanción como el de la indemnización de daños y perjuicios, la reparación, la restitución vía trabajos comunitarios o en los predios de la víctima, entrega de productos equivalentes a la misma cuantía que se haya establecido por el daño, etc,” (Pacari: 2002)

Como se puede apreciar, el contenido de la apelación a la decisión del juez de garantías penales de la ciudad de Latacunga no desvirtúa en absoluto a los criterios, análisis y fundamentos jurídicos presentados por el juez, sino que utiliza una serie de palabras que hasta cierto punto –desde el punto de vista jurídico al menos- no dice nada.

Fundamentos del Juez de Garantías.

Se funda en el artículo 191, inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador del año 2008, en el Convenio 169 de la Organización del Trabajo de la

organización de las Naciones Unidas adoptada el 27 de junio de 1989, que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991 y que nuestro país ratificó el 15 de mayo de 1998.

Hace referencia al artículo 8 del referido instrumento internacional, según el cual “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”

Tanto en la parte final de la disposición constitucional contempladas en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política, así como en lo dispuesto en la disposición general del Código de Procedimiento Penal, publicado en el R.O. 360 de jueves trece de enero del año 2000, se indica que se esperará la aplicación de la jurisdicción de los pueblos indígenas la creación de una Ley especial, no obstante, pese a que a través de la CONAIE se presentó un proyecto de ley que regule el ejercicio del derecho constitucional del artículo 191, hasta la fecha no existe esta ley.

No obstante, los derechos colectivos de los pueblos indígenas al ser considerados como uno de los derechos humanos, no se puede alegar falta de ley para aplicar los derechos consagrados en la carta magna, ya que son directa e inmediatamente aplicables, así lo disponía el artículo 17 de la Constitución Política del Ecuador “Libertad de ejercicio de los derechos humanos.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.

Recurre también al artículo 18 del mismo cuerpo constitucional (1998), para sustentar que los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, son inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Para el juez, las funciones de cualquier Juez o Tribunal “es la aplicar in extenso el término “justiciabilidad” ya que en nuevo ordenamiento y tendencia constitucionalista se experimenta una dinámica en el orden interno y sobre todo en los conceptos de jurisdicción y juez, que se traduce en la incorporación de los derechos fundamentales en la labor legislativa, de ahí que se parafrasea con el pensamiento de Danilo Zolo “La estrategia de Ila cittadinanza”.- Laterza. Roma Bari, 1994, quien manifiesta: “un derecho formalmente reconocido pero no justiciable – es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos, es tout court, un derecho inexistente”, por lo que el juez de cualquier instancia en su deber más sublime libre de toda tendencia en el efectivizar un derecho consagrado en la Carta Magna, caso contrario lo dispuesto en la Ley de Leyes se considerará como simples declamaciones retóricas o a lo sumo, a vagos programas jurídicamente irrelevantes. Finalmente y por cuanto esta temática resulta interesante también es relevante manifestar el papel que juega ya por el Juez del famoso estado liberal que se debía a un estatus de objetiva subordinación al ejecutivo, sino que debemos enmarcar al juez de nuestro ordenamiento como lo diría Perfecto Andrés Ibáñez – Magistrado de la Audiencia de Madrid: “El juez debe revalidar su legitimidad –caso por caso- aplicando de manera independiente la ley válida, en un contexto de precisas exigencias procesales de relevancia constitucional”.

Las disposiciones analizadas en esta resolución infiere de manera reiterada el reconocimiento de la cultura ancestral de los pueblos indígenas en la aplicación de su justicia, actos que imposiblemente llegarán a ser codificados por su misma naturaleza a la especie del common law, donde cada precedente va haciendo jurisprudencia con la diferencia inequívoca que al hablar de nuestro Estado estas prácticas van llegando al acervo de la comunidad de manera verbal, por lo que pedir un estatuto o en su defecto una guía de aplicación resulta insuficiente, de igual manera si hablamos del delito lo haremos también en su repercusión sancionador, aún más cuando estos devienen de un acuerdo comunitario.

También es indispensable mencionar hasta donde puede interpretarse estas formas de castigo contrarias al debido proceso y observaremos que eso dependerá de la

relatividad y aún más de la cosmovisión de la cultura indígena, ya que talvez lo correcto para nosotros será incorrecto para ellos, de todas maneras al referirse en sí a la explicación punitiva será precisamente a los integrantes de esa comunidad a los que se debe argumentar el origen de los mismos.

De todas maneras en estricto sentido de la responsabilidad se sostiene que de haberse dado alguna vulneración de garantías fundamentales en el juzgamiento de los tres acusados, estos tienen el amplio derecho de incoar contra sus juzgadores, el derecho de responsabilidad por error judicial conforme lo dispone el Art. 22 de la Constitución Política del Estado ecuatoriano, con efectos del derecho de repetición, esta apreciación en virtud del reconocimiento de la calidad de jueces que la misma disposición realiza en nombre de las autoridades indígenas. Si resulta oprobioso e infamante el elemento punitivo, explicaremos a la luz igualmente de la Corte Constitucional Colombiana este singular respecto:

“En efecto el arresto no es la única sanción compatible con la Constitución y las leyes; dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que puedan ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares, se reconoce el arresto como compatible con las leyes, por tanto se define como viable, al amparo de la norma constitucional” Sentencia No. C-139/96 (9 de abril 1996) Corte Constitucional de Colombia”.

Elementos simbólicos presentes en el caso La Cocha.

De las entrevistas realizadas a los miembros de la Comunidad y a sus Dirigentes se pudo observar que más allá de símbolos visibles como el agua, la ortiga, el timurina, también están presentes otros elementos simbólicos, por ejemplo la armonía que debe existir entre el hombre y la naturaleza.- La armonía entre el hombre-comunidad y la naturaleza y energía cósmica, es un principio básico en la cosmovisión indígena, “en la comunidad siempre buscamos que hombres y mujeres, grandes y pequeños, lleven una vida de armonía, por eso cuando por ejemplo existe problemas matrimoniales, primero invocamos a las energías que dan nuestra pacha mama: taita inti, (sol) yaku (agua), y waira (viento)”, todas esta energía están en nuestra pachamama que es nuestra casa, y como hijos todos debemos estar en armonía” (José Cuchiparte, entrevista 12-X-2008).

Cuando se rompe esa armonía genera desequilibrio en la persona y es propensa a cometer infracciones.

Ama llakichina (no agredir, no hacer daño).- el daño en el mundo indígena se puede darse en la misma persona infractora, a terceras persona y a la naturaleza. El daño a la misma persona ocurre por ejemplo cuando un apersona es bebedora, y la agresión a terceras personas, que pueden ser, de carácter físico, moral, el chisme y la brujería.

“Para nosotros fue una tristeza muy grande al saber de la muerte de nuestro compañero Mali Latacunga, que murió por agresión de tres compañeros, en estos casos no solo sufren las familias involucradas, sino toda la comunidad porque rompe la armonía. Ya tuvimos un caso parecido, aquí en la comunidad hace más de cinco años, cuando un compañero de la comunidad le mató a su amante, ahí, no actuamos nosotros, sino las autoridades de Latacunga, a ese problema las autoridades han dado largas, creo que todavía siguen los juicios, pero ahí, el que tienen plata manda, y mejor aquí en la comunidad andan más orgullosos, y las familias hasta ahora pelean, por eso, en la muerte del compañero Maly, decidimos arreglar nosotros mismos, reuniendo toda la comunidad. Aquí en la comunidad hay muchos problemas de la brujería, inclusive hemos tenido que castigar al mismo brujo, porque él es el responsable de que muchas personas de la misma familia estén peleados, los brujos deben ayudar para que la comunidad marche bien, y no para hacer daño a su propia gente” (José Cuchiparte, entrevista 12-X-2008).

Pudimos entrevista a varias familias de los implicados en el caso la Cocha, los cuales, dicen haber pasado por una vergüenza pública, pero que al final han reflexionado, y que los castigos recibidos han servido para cambien de actitud. “desde cuando hubo el problema a dios gracias no hemos tenido problemas, hemos cumplido con todo lo acordado” (José Pallo, entrevista –X-2008).

Cuando las personas implicadas en el asesinato ocurrido en la comunidad La Cocha, el derecho propio busca retomar la armonía, es por ello que incluso no usan el término sanción, sino de curación o sanación, elementos simbólicos que han sido erróneamente calificado como tortura, o como salvajismo por varios operadores de justicia, como es el caso del Fiscal del Distrito de Cotopaxi. Ese es el caso de Timurina, castigo tradicional que aplicaron en la Comunidad, aunque esta forma de castigo es una apropiación de la época de la hacienda, para ellos significa, luz, limpieza y

regeneración, es por eso que, se aplica este ritual en la mayoría de los casos antes de que el infractor haya dado sus versiones. “cuando se trata de problemas un poco mayores, como robo, adulterio, peleas, siempre aplicamos el fuate, la ortiga y el baño en agua fría, porque eso hace que el cuerpo y el alma del implicado se purifique y pueda hablar con la verdad” (José M. Cuchiparte Latacunga, entrevista 13-X-2008).

CAPITULO IV

OBSTÁCULOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.

La aplicación y la implementación de la justicia indígena y el pluralismo legal, en la práctica se ve amenazada, por múltiples factores, fundamentalmente porque no se ha superado el modelo de estado monocultural y excluyente, aún sigue vigente los fundamentos de ese modelo de estado basado en un sistema de clasificaciones y racistas. Porque el Estado no ha logrado entender que la justicia indígena no es asunto de los indígenas, sino del Estado, porque aún no se logra entender que hechos aislados de y de supuestos linchamientos, no importa quienes lo ejecuten es un problema de des institucionalización de las justicia del país.

La persecución a las autoridades indígenas aún siguen vigentes, es inaudito pensar que en el modelo de estado intercultural se regular la jurisdicción y competencia indígena en función de la materia y la gravedad de los casos, esto es, los casos menores pueden resolver las autoridades indígenas, mientras que los problemas “graves” es para que resuelvan los eruditos del derecho. Es obligación del Estado intercultural ecuatoriano, crear condiciones para que la institucionalidad responda al modelo de gestión intercultural. Es deber del Estado intercultural trabajar en el cambio de actitudes de los y las servidoras públicas del país y de la ciudadanía en general.

Obstáculos a nivel normativo

Para una efectiva aplicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas no basta tener una constitución moderna, que haya superado el paradigma de un estado monocultural hacia un estado de garantías constitucionales y de justicia, y no basta con que se ha dado un cambio en la concepción de la constitución, como un acuerdo de voluntades o como una carta política hacia normas constitucionales de directa e inmediata aplicación, sin lugar dudas, son importantísimos cambios a nivel normativo de carácter constitucional, no obstante, es necesario crear normas que compatibilice y marquen pautas de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, con el

fin de evitar problemas de colisión de competencias como en caso de la comunidad de la Cocha y evitar por su puesto los atropellos constantes hacia los derechos de las colectividades debidamente reconocidas en la Constitución e instrumentos internacionales.

En esa perspectiva, el movimiento indígena, a través de sus instancias oficiales, han elaborado, presentado y aprobado ante el Congreso nacional, el Proyecto de Ley de aplicación de los derechos colectivos, que por su puesto fue vetada totalmente por el Gobierno de Gustavo Noboa, aduciendo que pondría en riesgo al estado, igual ocurrió con la Ley de compatibilización y distribución de competencias en la administración de justicia indígena”.

No obstante, que la CONAIE y otras instituciones están viviendo este proceso, en la practica diaria se debate la directa aplicación del derecho indígena conforme a la Constitución Política del Estado, que estatuye que “Los derechos y garantías determinados en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. Todo lo cual concuerda íntegramente con el clásico concepto de Hans Kelsen, según el cual, en la cúspide de las leyes está la Constitución y bajo ella las demás normas jurídicas. Situación esta que también recoge nuestra Constitución en el Art. 424, al expresar que “*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público*

deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerá de eficacia jurídica”.

Es importante también considerar el criterio de Nina Pacari Vega, quien sostiene que para superar el conflicto de competencia, es necesario superar prejuicios. No es admisible que la justicia indígena sea analizada desde una visión dominante y subordinada. Es necesario considerar que reconocer la competencia indígena no es una mera concesión de un derecho y por ende la cesión de competencias no debe ser solamente para los casos de menor cuantía. Además, en una sociedad que reconoce la pluralidad cultural y jurídica, lo que debe primar es el del mutuo reconocimiento y respeto de valores y capacidades como parte de un proceso de profundización y democratización de la justicia. (Pacari 2002:87-88)

Obstáculos a nivel jurisprudencial

Pese a importantes cambios doctrinales constitucionales, la resistencia de muchos sectores hacia el cambio es muy evidente, como hemos señalado arriba, el movimiento indígena ha estado elaborando propuestas de leyes para la implementación de sus derechos colectivos, sin embargo esas iniciativas han sido censuradas por las instituciones del Estado, esto ha hecho que se trunque el desarrollo jurídico, a esto hay que sumar la poca capacitación de los operadores de justicia, de hecho nuestras universidades enfocan la enseñanza-aprendizaje desde la perspectiva positivista.

En nuestro país contamos hasta el momento con una sola jurisprudencia la que sirve de fuente de consulta para casos similares, me refiero a la Resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano No. 329-2003-RA, emitido por la Segunda Sala, de fecha 3 de marzo del 2004 según la cual *“las autoridades indígenas tienen pleno derecho a velar por la conservación de las formas de convivencia de sus comunidades, y sobre todo, a precautelar el orden dentro de las mismas, sin que pueda exigírseles que toleren actos de disociación por parte de elementos singularizados. Por otra parte, lo que se describe en el considerando precedente, denota la existencia de un conflicto interno que fue resuelto por las autoridades de la Federación Shuar, quienes en virtud del Art. 191*

inciso final de la Constitución de la República tenían plena facultad para solucionarlo con efecto vinculante. Por estas consideraciones, mal hizo el Juez aquo en pronunciarse sobre resoluciones de la Federación Shuar, adoptadas en virtud de las facultades que expresa la Constitución de la República, pues desconoció su efecto vinculante y el propósito de conservación del orden integridad que compete a las autoridades de dicha Federación. A esto se suma el error de apreciación jurídica... sobre la naturaleza jurídica de la Federación Shuar”: Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, emitido en la causa No. 329-2003-RA, citado por Milton Avila, *Manual Teórico Práctico: Justicia Indígena: Aproximaciones desde el mundo shuar*, Ediciones CORPAL, Ecuador, 2006, pp. 177-178

El caso de la Cocha, a futuro podría constituirse en jurisprudencia una vez que haya sido elevado el caso a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. No obstante, no se ha dado el seguimiento adecuado al caso. Colombia, en la actualidad ha sido el país que ha dado pasos importantes en lo que respecta a la solución de conflictos entre el sistema jurídico ordinario y el sistema indígena. A través de la Corte Constitucional, se ha resuelto conflictos de competencia, sentando las bases para el desarrollo de una Ley de Compatibilización de la Justicia Indígena. En ella se ha establecido los mínimos jurídicos, los límites, la observancia a los derechos humanos fundamentales, la legalidad de los procedimientos, de los delitos y de las penas acordes a la realidad indígena.

Tanto los operadores de justicia y quienes estén al frente de la defensa de los derechos de las colectividades deben recurrir a estas jurisprudencias, ya que ella constituye una fuente del derecho.

Obstáculos en la cultura jurídica.

La vigencia efectiva del pluralismo legal y el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las autoridades indígenas, va a la par con un nuevo marco constitucional garantista de los derechos consagrados en la misma y que estas normas constitucionales incidan en la transformación de la institucionalidad del aparato estatal,

que esté vigente en los actos de cada uno de los funcionarios en general que forman parte de las instituciones del Estado, de esta manera los ecuatorianos y ecuatorianas tendremos garantizado una efectiva vigencia y cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La Asamblea por mandato constitucional determinado en el artículo 84 de la Constitución vigente, *“tiene la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y las que sean necesarias para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*

Requiere cambios profundos en la cultura legal y política y académica, en las aulas universitarias aún se mantiene vigentes y como únicos enfoques los que hemos demostrado que con la moderna corriente constitucionalista han quedado en desuso, quizá por la incapacidad o pobreza en la cultura de la investigación, o porque simplemente responden a intereses que pretenden mantener el estado quo de la institucionalidad tradicionalista unilateral y excluyente.

Estos cambios a su vez necesitan de un marco político democrático, un marco económico incluyente y redistributivo, se requiere de un modelo de desarrollo social con participación de los miembros de los pueblos indígenas, y el destierro del racismo y la ideología de *la inferioridad de los indios*, desarrollado en el medio evo y que aún se mantienen vivos.

He aquí algunos de los retos para la construcción de una juridicidad pluralista que plantea Raquel Irigoyen.

“En primer lugar, todavía prima el modelo político autoritario de tratar a los pueblos y comunidades indígenas como objetos de políticas antes que como sujetos autónomos y a su vez partícipes en la vida nacional. Esta es la cara paternalista o tutelar de una ideología de la inferioridad indígena que los presenta como incapaces de saber lo que ellos mismos quieren o de poder

determinarse y resolver los problemas y conflictos que se presenten dentro de su territorio.

Un reto pendiente para empezar a desterrar dicha ideología es la implementación efectiva del derecho de consulta y participación. Los mecanismos para implementar este derecho, a su vez, deben ser consultados.

En segundo lugar, es necesario un impresionante esfuerzo teórico y político para desarrollar una doctrina legal pluralista que permee la enseñanza universitaria, la jurisprudencia y el quehacer político. Esta doctrina pluralista debe hacer frente a la concepción monista que sostiene que sólo es posible un derecho dentro de un Estado. Igualmente es urgente un desarrollo teórico del Estado pluricultural.

Es necesario desterrar la ideología de la identidad Estado-nación bajo la premisa de que hay una sola cultura y una sola concepción de lo bueno y lo moralmente aceptable en el país. Falta desarrollar la fundamentación del derecho al uso y desarrollo de los idiomas indígenas, para fortalecer su propio desarrollo cultural, y, de otro lado, el uso del castellano como un mecanismo para garantizar la participación en la vida nacional, no de “integración” a la cultura hegemónica.

Es necesario hacer un esfuerzo de desarrollo doctrinario sobre el derecho indígena o consuetudinario, la jurisdicción especial, los mecanismos de articulación democráticos en un modelo de justicia plural. A la fecha, muy pocos constitucionalistas o penalistas se han pronunciado sobre el tema y no hay trabajos profundos al respecto. Todavía el sentido común legal piensa en clave de monismo jurídico y monoculturalidad.

En este sentido, es necesario recuperar los aportes propios de las diferentes formas de derecho y justicia indígenas y campesinas para construir modelos teóricos que den cuenta del pluralismo legal existente en el país.

Es imperioso construir un modelo de Justicia Plural que articule la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción especial y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dentro de un marco coherente, y sin sometimiento de la jurisdicción indígena a la ordinaria. Igualmente debe desarrollarse una concepción intercultural de los derechos humanos como marco del pluralismo legal, antes que como “límite”. Ello implica el abandono de la idea de “salvajes” o “peligrosos” que se asigna a los indígenas/campesinos.

Es importante el tema de la identidad cultural porque es uno de los fundamentos del pluralismo legal, aunque no el único. Como dice Esther Sánchez, el indígena es “un ser en devenir”. En cambio, el concepto normativo de los pueblos indígenas, si bien acepta la autodefinición, presupone una suerte de continuidad histórica o “conservación” -incluso parcial- de estructuras del pasado. Esta “continuidad” sin embargo, en algunos casos es ficticia o meramente legal.

Otro desafío insoslayable para la vigencia del pluralismo es el destierro del racismo y la ideología de la inferioridad indígena. Muchas limitaciones que se ponen al ejercicio de la justicia indígena (y se aprecian en la interpretación judicial y los proyectos de ley) no tienen sustento legal sino ideológico: la idea de que los indígenas son incapaces para resolver casos graves o complejos. Es por ello que se busca limitar la jurisdicción especial a casos menores, sólo entre indígenas e intra- comunitarios”.

El mecanismo más apropiado para superar estas trabas es que los pueblos indígenas se preparen para vivir los retos que la sociedad plantea, de lo contrario su existencia se verá afectada.

CAPITULO V

CONCLUSIONES.

Luego de concluir con los capítulos anteriores, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- La Constitución de 2008, da un salto cualitativo importante en relación a la Constitución anterior, al reconocer al Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural y dar mayor alcance y prioridad a la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas en los asuntos públicos. Esto implica un cambio radical, de un Estado colonial, monocultural y excluyente, hacia un Estado plurinacional e intercultural, entendido como un modelo de sociedad encaminada a la construcción de una sociedad incluyente, solidaria, soberana y recíproca, capaz de fundamentar una propuesta de desarrollo a largo plazo. No obstante, en la práctica su aplicación se ve muy limitada, porque a pesar de la declaratoria del estado intercultural, no ha cambiado el modo de pensar de los gobernantes y tan copo se ha dado un proceso de reforma institucional que permita viabilizar las políticas interculturales y de fortalecimiento de las nacionalidades y pueblos del Ecuador para el ejercicio de sus derechos colectivos.
- El caso de la Cocha no puede ser atribuido como “linchamientos” y “justicia por mano propia”, como se pretende dar a conocer a través de los medios y según el razonamiento del propio Fiscal de Cotopaxi. Lo que existió es un proceso de investigación y juzgamiento por autoridades competentes conforme el derecho propio de la comunidad, hubo autoridades legitimadas designadas por la propia comunidad. que condujo el juzgamiento quienes evitaron cualquier actuación arbitraria de los asistentes.
- Los actos jurisdiccionales de las autoridades indígenas de la Cocha estuvo revestido de legalidad y legitimidad, toda vez que el Estado Ecuatoriano en 1998 ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la

Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, ya que el efecto de la ratificación es que dichas normas constituyen en vinculante para el Estado ratificante.

- El accionar del Fiscal del Distrito de Latacunga, a parte de haber estado al margen de la Constitución y convenios internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, expresa desconocimiento y odio racial, en cierta medida es el pensamiento generalizado de jueces y fiscales del país, quienes defienden el derecho decimonónico, según el cual solo el Estado a través de sus instituciones pueden administrar justicia.
- El principio de non bis in idem, es un principio constitucional que recoge el derecho procesal penal y está presente en nuestra legislación incluso antes de la Constitución de 1998, no obstante, no ha sido aplicado por ninguna autoridad salvo el caso “La Cocha”, materia de esta investigación, ubicado en el cantón Pujilí, de la provincia de Cotopaxi, cuando el Juez Segundo de lo Penal Dr. Carlos Poveda se inhibió de conocer aplicando el principio constitucional non bis in idem, es decir, que no pueden ser juzgados dos veces por una misma causa, decisión que se ajusta a la constitución y el principio básico del derecho intercultural.
- El reto del Estado intercultural es desarrollar mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Por que no basta con que en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y otros instrumentos jurídicos incorporen elementos que reafirman los derechos culturales, como el derecho indígena y la jurisdicción indígena y se declare oficialmente al Estado como intercultural, sino, desarrollar elementos para que el Estado y el conjunto de sus instituciones den un giro organizacional y epistémico, esto es, de un Estado con su estructura uninacional, positivista y neoliberal se de paso a un Estado intercultural y que encamine a democratizar no solo derechos sino, recursos necesarios para cumplir con el mandato del buen vivir o sumak kausair”.

- Con la nueva Constitución de la República se inaugura un nuevo paradigma jurídico, constitucional, esto es cambiar de un Estado social de derechos hacia a un Estado Constitucional de derechos y justicia como lo expresa el artículo 1 de la Constitución de la República, la razón fundamental del Estado será la defensa de los derechos de los titulares, sean individuales o colectivos. Cambio paradigmático que responde a dos realidades: la transformación de un Estado de legalidad que ha estado presente en toda la vida republicana, hacia un Estado constitucional de derechos y justicia y el cambio de enfoque de la Constitución, esto es de un cuerpo dogmático o Carta Fundamental hacia la constitución como norma jurídica, por tanto, de aplicación inmediata y obligatoria, realidades que obligan a repensar el derecho en general. En este contexto se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre estos el derecho colectivo de administrar justicia bajo el régimen del derecho propio de los pueblos y nacionalidades como lo determina el artículo 57 y 171 de la Constitución de la República de 2008.

- Este nuevo paso en el reconocimiento de los derechos colectivos, y sobre todo en la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, en la actualidad nos permite afirmar la existencia de un sistema jurídico indígena, y por ende la validación de la práctica de la administración de justicia de acuerdo al derecho propio de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas.

- Pese a que desde 1998, la Constitución ha reconocido los derechos colectivos a los pueblos y nacionalidades indígenas, y que la actual Constitución en el artículo 171 reconoce: “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, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales”. En la práctica se ha visto con trabas en distintos niveles, quizá

porque no tuvo su correlato con la institucionalidad, es decir, para la efectiva aplicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas no basta una moderna Constitución, sino modernizar el aparato estatal que refleje los principios de la pluriculturalidad y la multietnicidad, también requiere de cambios `profundos de la cultura jurídica y constitucional de quienes administran justicia y de los operadores de justicia, de lo contrario, en la práctica se ve truncada y frustrada la acción de los jueces naturales como ocurrió en el caso de la Comunidad la Cocha, de la provincia de Cotopaxi.

- La facultad de las autoridades de los pueblos indígenas a ejercer funciones de justicia, aplicando su derecho propio para resolver los conflictos internos, es una consecuencia o expresión concreta del derecho colectivo de los pueblos indígenas a “conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad”, establecido 9 del artículo 57 de la Constitución, es decir, una expresión directa del derecho de autonomía interna. Pues, el Art. 171 de la Constitución, comprende el reconocimiento de las autoridades indígenas propias con facultades o funciones de justicia, para resolver todos los conflictos internos, aplicando el derecho propio. Consecuentemente, según nuestra Constitución la facultad de los pueblos indígenas a administrar justicia a través de sus propias autoridades, normas y procedimientos es también un derecho humano fundamental.

- El Tribunal Constitucional ecuatoriano, en la resolución No. 329-2003-RA, emitido por la Segunda Sala, de fecha 3 de marzo del 2004²⁰; ha reconocido la

²⁰ “En virtud de lo que reconoce el artículo 87 (se quiso decir 84) numeral 7 de la Constitución de la República, las autoridades indígenas tienen pleno derecho a velar por la conservación de las formas de convivencia de sus comunidades, y sobre todo, a precautelar el orden dentro de las mismas, sin que pueda exigírseles que toleren actos de disociación por parte de elementos singularizados. Por otra parte, lo que se describe en el considerando precedente, denota la existencia de un conflicto interno que fue resuelto por las autoridades de la Federación Shuar, quienes en virtud del Art. 191 inciso final de la Constitución de la República tenían plena facultad para solucionarlo con efecto vinculante. Por estas consideraciones, mal hizo el Juez aquo en pronunciarse sobre resoluciones de la Federación Shuar, adoptadas en virtud de las facultades que expresa la Constitución de la República, pues desconoció su efecto vinculante y el propósito de conservación del orden integridad que compete a las autoridades de dicha Federación. A esto se suma el error de apreciación jurídica... sobre la naturaleza jurídica de la Federación Shuar”: Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, emitido en la causa No. 329-2003-RA, citado por Milton

plena vigencia de la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones de justicia, aplicando el normas y procedimientos propios, tal como lo expresaba el artículo 8 de la Constitución Política de 1998.

- No existe un justificativo constitucional válido, para que los jueces y fiscales dejen de respetar y acatar las decisiones o resoluciones adoptadas por las comunidades indígenas que han resuelto los conflictos internos de la comunidad o pueblo indígena, aplicando su derecho propio. Tampoco existe justificativo para volver a conocer y juzgar un caso ya resuelto por una comunidad indígena, como pretendió el Fiscal del Distrito Cotopaxi, al emitir un dictamen fiscal en contra de personas que ya habían sido procesados y juzgados por las autoridades de la misma Comunidad, porque rompe el mandato constitucional según el cual “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”²¹ (non bis in idem); y, están prohibidos también de procesar y juzgar a las autoridades indígenas que resolvieron los conflictos internos, aplicando normas y procedimientos propios.

- Es necesario buscar otros mecanismos de aplicación de los derechos colectivos, que aseguren su ejercicio, como por ejemplo a través de las demandas de acción de protección cuando estos derechos se vean vulnerados por los administradores y operadores de justicia, como en el caso de la Cocha.

- El desconocimiento de los derechos colectivos y sus fundamentos es notorio, no solo en los pueblos y las nacionalidades, sino también en la ciudadanía en general, en las instituciones públicas y en el nivel gobernante, por eso es importante que en el marco del Estado Intercultural se reformule los contenidos del pensum de estudios en todos los niveles, enriqueciendo con conocimientos generados en los pueblos y las nacionalidades. La Dirección de Educación Intercultural debe ser la que protagonice esta propuesta, adicional a ello, es

Avila, *Manual Teórico Práctico: Justicia Indígena: Aproximaciones desde el mundo shuar*, Ediciones CORPAL, Ecuador, 2006, pp. 177-178.

²¹ Art. 76, literal i) de la Constitución de la República del Ecuador vigente.

importante también desarrollar programas de formación académica con los servidores públicos del país, y al mismo tiempo con los pueblos y nacionalidades a fin de empoderar sus derechos.

BIBLIOGRAFIA

- Ávila, Milton, 2006, *Manual Teórico Práctico: Justicia Indígena: Aproximaciones desde el mundo shuar*, Cuenca-Ecuador, Ediciones CORPAL.
- Borja Borja, Ramiro, 1979, *Derecho Constitucional ecuatoriano*, Tomo IV, Quito.
- Borja Jiménez, Emiliano, 2001, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia-España, Tirant Lo Blanch.
- Bordieu Pierre, *Razones Prácticas*, Barcelona ANAGRAMA.
- Cabedo Mallol, Vicente, y otros, 2002 *Análisis de las Constituciones Políticas Latinoamericanas. Regulación Constitucional del Derecho Indígena en Iberoamérica; en: Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Califano y otro, 1990, *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Buenos Aires-Argentina, UMSA.
- Calsamiglia, Alberto, 1990, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, tercera edición.
- Chávez Gina y Fernando García, 2004, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio, etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO.
- Chenaut Victoria y Sierra María Teresa, 1995, *Pueblos Indígenas ante el derecho*, México, CIESAS.
- Conaie, *Las Nacionalidades Indígenas en el Ecuador*, 1989, Nuestro proceso organizativo, Quito, Ediciones Tincui Abya Yala.
- De Sousa Santos Boaventura, *De la mano de Alicia Lo Social y lo Político en la Posmodernidad*, Ediciones Uniandes
- De Sousa Boaventura, 1991, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- De Sousa Boaventura, 1998 *La globalización del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- FLACSO, 2000, *Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI*, Quito, Editora Argudo Hermanos.
- Flores Giménez, 2004, Fernando, edit., *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Foucault Michel, 1980, *Microfísica del Poder*, Madrid, La Piqueta.

García, Fernando, 2002, *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO.

Garrorena Morales Ángel, 1991, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos.

Guerrero, Walter, 1989, *Jurisdicción y Competencia*, Quito, Colección Ensayista de Hoy, Tomo I.

Guerrero Andrés, Los linchamientos en las comunidades indígenas (Ecuador)

Guerrero Andrés, 1990, *Curagas y Tenientes Políticos*, Quito, El Conejo.

Hans Jürgen Brandt y Rocía Franco Valdivia, edit., 2006, *Justicia comunitaria en los andes: Perú y Ecuador, el tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, Instituto de Defensa Legal.

Hans Kelsen, 2003, *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve, cuarta edición, segunda reimpresión, Buenos Aires, Eudeba.

Ilaquiche Licta, Raúl, 2006, *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador estudio de caso*, Quito, Ecuarunari.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, 1999, San José, Costa Rica, Mars Editores S. A.

INREDH, *Diversidad: 2001, ¿sinónimo de discriminación?*, Quito, Serie de Investigaciones.

Kelsen Hans, 1982, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA.

Kymlicka Will, 2001, *Ciudadanía Multicultural una teoría liberal de los derechos de las minorías*, traducido por Carme Castells Auleda, Buenos Aires, Paidós.

López Medina Diego Eduardo, 1996, *El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Colombia, Ediciones Uniandes.

Llasag Fernández, Raúl, 2000, *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*, Quito, CONAIE-CEPS.

Martínez Valle, Luciano 2002, *Economía Política de las comunidades indígenas*, Segunda Edición, Quito, Abya Yala.

Ocho García, Carlos, 2002, *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*. Cholsamaj, Guatemala.

Ordoñez José Emilio, *Justicia y Pueblos Indígenas, Crítica desde la Antropología*. CIDECA, Guatemala

PNUD, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1998

Salgado, Judith, edit., 2002, *Justicia Indígena, un aporte para el debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

Salgado Judith, (Compiladora) 2001, *Diversidad sinónimo de discriminación?*, Quito, INREDH.

Sánchez Botero, Esther, “*Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica*”, artículo: s/f.

Sánchez Botero Esther, 1998, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, UNIJUS.

Sánchez Botero Esther, 1999, *Protección a niños y niñas indígenas de Colombia*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Bienestar Familiar, Subdirección de Protección y Subdirección de planeación.

Sánchez Botero Esther, 2003, *Política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y de protección al menor, Jurisprudencia de la Corte constitucional de Colombia*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Biblioteca Básica, Programa “Construcción de Entendimiento Intercultural.

Serrano, Vladimir Ricardo Rabinovich y Pablo Sarzosa, edit., 2005, *Panorama del derecho indígena ecuatoriana*, Quito, PROSAR.

Taylor Charles, 1992, *El multiculturalismos y “política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica.

Trujillo Julio César, Agustín Grijalva y Jimena Endara, 2001, *Justicia indígena en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador.

Trujillo, Julio César, 2004, “Fuerza normativa de la Constitución euatoriana actual”, en Foro, *Revista de Derecho*, No. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editorial Nacional, II.

VV.AA. 2002, *Justicia Indígena* Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador.

VV.AA. 1997, *Identidad indígena en las ciudades*, Quito, Fundación Hanns Seidel.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, 1999, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack.

Yrigoyen Fajardo Raquel, *El reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en los países Andinos*. Ámsterdam: CEDLA.

Yrureta Gladis. 1981, *El Indígena ante la Ley Penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Zavala Baquerizo, Jorge, 1989, *El Proceso penal*, Tomo I, Cuarta Edición, Guayaquil, Edino.

ANEXOS

ACTA 4

“ACTA DE COMPROMISO DE INDEMNIZACIÓN

La Cocha a los 5 días del mes de mayo del 2002, siendo las dos de la tarde, la Asamblea General de la Organización “UNOCIC” (Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Cocha), conformada por las trece comunidades filiales: La Cocha, Cocha Vaquería, Chusca, Cocha Uma, Iracunda, Cusualó, Quilapungo, Ponce; Alaló, Caucho, Chicho y Pasabullo, se reúnen en Asamblea a fin de solucionar el conflicto de carácter penal, por muerte del señor Male Latacunga ocurrido el día martes 23 de abril del 2002 En la Comuna Quisapungo, como consecuencia de un conflicto familiar el día 21 de abril del 2002, a eso de las 1 de la noche en la farra de la familia Cuchiparte (Sr. Juan Manuel Cuchiparte). En este lamentable hecho aparecen como implicados los señores: Jaime Cuchiparte Guamangate de la comuna Cusualó, Nicolás Cuchiparte de la comuna Cusualó, Juan Manuel Cuhiparte Umajinga, Comuna Cusualó, quienes lamentablemente son causantes de la muerte del señor Male Latagunga, y dejan en la orfandad a: José Latacunga Cuchiparte, Daniel Latacunga Cuchiparte, María Inés Latacunga Cuchiparte , Jaime Rodrigo Latacunga Cuchiparte, Nancy Latacunga Cuchiparte, María Fabiola Latacunga Cuchiparte, en total 6 hijos de los cuales cuatro últimos son menores de edad; además, la viuda Sra. María Santos Cuchiparte Umajinga de 42 años de edad queda embarazada en estado de cinco meses. Con estos antecedentes la UNOCIC, con la presencia de trece comunas filiales y del MICC (Movimiento Indígena Campesino de Cotopaxi), en uso de sus facultades que les asiste como pueblos indígenas, y en ejercicio de los derechos colectivos establecidos claramente en la Constitución Política del Estado Artículos 1, 83, 84, y sus numerales 1-15; particularmente establecido en el Art. 191, último inciso, observando los procedimientos del debido proceso y los mínimos jurídicos que en uso y ejercicio de los usos y costumbres propias de las comunidades les permite; proceden administrar justicia, de acuerdo al derecho consuetudinario y resuelve lo siguiente: adoptar la manera unánime 3 tipos resanciones: a) Indemnización de carácter solidario, social y humano a favor de los 4 menores y de la viuda (niña/niño que está por nacer)

consistentes en que los involucrados tienen que cancelar la cantidad de SEIS MIL DÓLARES AMERICANOS, que comprende DOS MIL DÓLARES AMERICANOS CADA INVOLUCRADO. aclarándose que previo el debate correspondiente se acuerda a cancelar de la siguiente manera: TRES MIL DÓLARES en efectivo a la firma a la presente ACTA; y los restantes TRES MIL DÓLARES cancelarán luego de tres meses, es decir, desde el mes de agosto del 2002, la cantidad de 60 SESENTA DOLARES CADA UNO Y POR CADA MES, que sumará CIENTO OCHENTA DOLARES mensuales por el pago de los TRES implicados. La misma que será depositado en una libreta de ahorros que se abrirá en uno de los bancos de la ciudad de Latacunga. El mismo estará a nombre de la viuda y bajo la custodia de los dirigentes de la UNOCIC y sus filiales.

Además como una de las formas de exigir el cumplimiento del pago del saldo, los implicados proceden a firmar 1 letra de cambio con sus respectivos garantes: Jaime Cuchiparte Guamangate y su garante José Francisco Cuchiparte Pastuña, Nicolás Cuchiparte Chiguano y su garante José Daniel Pilalumbo Latacunga; y, Juan Manuel Cuchiparte Umajinga y su garante Manuel Asensio Vega Pastuña. Quienes se hacen responsables solidarios de este cumplimiento. Además como garantía entregan los tres implicados las escrituras de su propiedad hasta la fecha de su cancelación total, que vence en diciembre del 2003, luego del cual correrá los intereses correspondientes (5% de interés); b) la otra sanción de carácter social, moral y de retorno de armonía y paz entre sus habitantes, se establece lo siguiente: el castigo auténtico de la comuna “el timonar” con todos los materiales existentes en la Pachamama; luego cada implicado en el delito entrará y se presentará en el público, llevando las armas que utilizaron para el delito; es decir, cada uno traerá la herramienta que utilizó: piedra, fucunero, y desarmador, y en tercer lugar cada uno recibirá un fuetazote de cada comunidad y el baño de plantas medicinales del medio a cargo de las mujeres. Finalmente los castigados pedirán perdón al público presente; c) Sanción en aporte económico que deben cumplir las dos partes, la viuda y los implicados. Este aporte no es negocio de los dirigentes y de las brigadas (personas que cuidan el orden de este proceso) es decir, gastos del proceso. (esto queda para arreglar los dirigentes sumandos los gastos). Para constancia de la actuado, firman: siendo 14H00 y 40 minutos se termina la Asamblea y

se procede al Juzgamiento establecido en este ACTA.- f. Jaime Cuchiparte Guamangate, 050276422-8; huella, José Francisco Cuchiparte, 050055656-5; f. Nicolás Cuchiparte Chiguano, 050193788-2; f. José Faniel Pilalumbo Latacunga; f. Juan Manuel Cuchiparte Umajinga, 050194748-5; f. Manuel Asensio Vega Pastusa, 050147247-2; huella María Santos Cuchiparte Umjinga (Viuda); f. José Latacunga Cuchiparte (hijo mayor, 050238166-8; f. Daniel Latacunga Cuchiparte (hijo mayor) f. Pablo Umajinga, 050150341, PRESIDENTE DEL DIALOGO DE ESTE PROCESO; f. José Cuchiparte toaquiza, PRESIDENTE DE LA UNCOCIC; f. Belisario Choloquina, PRESIDENTE DEL MICC; PRESIDENTES DE LAS COMUNIDADES: f. José Alonso Tigasi, 050189198-7, (Vaquería); f. César J. Quispe C., 050083314-0 (Cusualó); f. José Pallo, 050195447-3, (Cushca); f. Segundo N. Cuchiparte, 050237377-6, (Chicho); f. Rodrigo Pallo, 050206315-9 (Cocha Uma); f. Olmedo Guamangate, 050169175-2 (Caucho); f. Manuel Cuchipe, 050089358-1 (Iracunda); f. José S Latacunga, 050151768-4 (Ponce); f. Humberto Enriquez Shiguano, 050177668-6 (Quilapungo); f. José Jácome, 050159756-1 (Ataló); f. Nelson Chiguano, 050199335-6 (La Cocha); f. Guillermo Cuchiparte Q., 050124753-9 (Pasubullo); huella M. Mercedes Pilatasig Chi, 050129068-8 (Asociación de mujeres; f. Segundo Pilaguano 050037637-1 (Asociación Nacional Evangélica del Ecuador); f. Serafín Umajinga, 050107614-3 (Junta Parroquial; f. Dra. Lourdes Tibán y Dr. Raúl Llaquinche, asesores del proceso;

Finalmente, la Asamblea pide que conste en el acta que el proceso termina aquí, y que ninguno de los firmantes de las partes acudirán a la justicia ordinaria; en caso de incumplir esta acta serán sancionados de acuerdo a los usos y costumbres de esta comunidad. En caso necesario se enviará esta acta a la justicia ordinaria para que sea obligatoria en todas las instancias. F. Lourdes Tibán.- Secretaria.