Peritaje 11

Corte Constitucional de Ecuador

Desconocimiento del derecho propio de las autoridades de La Cocha

Quito, 24 de enero de 2011

ÍNDICE

Página	Contenido
4	Acrónimos
5	Presentación
6	1. Enfoque metodológico
8	2. Justificación de la prueba en antropología jurídica
9	3. Por qué se demanda esta prueba
12	4. Fundamentos constitucionales que respaldan este peritaje
13	5. La Cultura: mundos de creencias formas de vida y verdades
14	5.1. Normatividad y estilos de vida
14	5.2. Relatividad de lo correcto y de lo normativamente aceptable
15	5.3 El término relativismo apunta a muy diversos órdenes de problemas
16	6. Ocho preguntas claves en Acción Extraordinaria de Protección
16	6.1. Si las autoridades indígenas al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrida en territorio indígena de la Parroquia de Zumbahua.
16	6.1.1Formalidades externas
19	6.1.2Formalidades normativas internas
19	6.1.2.1 Autoridades propias
22	6.2 Con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio
22	6.2.1 Autoridades en cadena
27	6.3. Si la Resolución de las Autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi, se apega o no al mandato constitucional del Art. 171 y al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial
28	6.4 Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estas son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido
28	6.4.1 En esta sociedad el sujeto transgresor es clasificado como un enfermo

30	6.4.2 ¿Se vulneran los derechos humanos?
33	6.4.3 Eficacia de la Justicia Indígena
35	6.4.4 Las críticas externas
38	6.5 Si estas (sanciones impuestas) son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido
38	6.5.1Tensión entre el principio de diversidad y los derechos humanos
39	6.5.2 Autoridades indígenas certifican que no se violaron los derechos humanos
40	6.6 Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio.
44	6.6.1 Justificación interna
44	6.6.2 Justificación externa
45	6.7 Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes
45	6.8 Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por las autoridades de la justicia ordinaria
46	6.9. Y, sírvase disponer cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas para lograr la eficacia y armonía entre sí
47	6.9.1 Algunas bases
48	6.9.2 Alcances y límites de la jurisdicción especial indígena a) especificidad cultural de la jurisdicción de cada pueblo indígena b) el territorio y la pertenecía étnica de las partas en la delimitación de la *notio* c) Conciencia étnica
50	6.9.3 Restricciones a la *iudicium*
53	6.9.4 Dificultades más importantes para las autoridades externas
53	6.9.4.1 ¿Son jurídicas las normas de los pueblos indígenas?
55	6.9.5 ¿Con qué garantías cuentan los pueblos indígenas para el ejercicio de su derecho a administrar justicia?
55	6.9.5.1 Corresponde a la Corte Constitucional el conocimiento de los conflictos de competencia que se susciten entre jurisdicciones diversas
56	6.9.6 Sugerencias para la reglamentación de la jurisdicción indígena
58	6.10 Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Olivo Pallo, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria.
60	6.11 "Sírvase resolver si las autoridades de Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la
60	Constitución".
61	6.12 En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena cuales son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar.
62	6.12.1 Qué es lo tradicional
62	6.12.2 Sanciones varias
68	7. Comentarios a los artículos de prensa sobre el caso
69	Bibliografía
69	Documento de Archivo
70	Artículos de prensa

	Leyes y Códigos
	Índice de cuadros
7	
8	N° 1: Personas entrevistadas
21	N°2: Personas mayores kichwas – hablantes entrevistados
63	N° 3: Dirigentes indígenas y autoridades civiles presentes en el juzgamiento "Caso Marco Antonio Olivo Pallo"
	N° 4: El caso es seguido por los medios de prensa

ACRÓNIMOS

CCE	Corte Constitucional del Ecuador
CJE	Consejo de la Judicatura del Ecuador
CNJ	Corte Nacional de Justicia
CODENPE	Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador
CONAIE	Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
CPJC	Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi
CSJL	Corte Superior de Justicia de Latacunga
DPAC	Dirección Provincial Agropecuaria de Cotopaxi
DPCJC	Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Cotopaxi
ECUARUNARI	Confederación Kichwa del Ecuador
FGE	Fiscalía General del Estado
FIC	Fiscalía Indígena de Cotopaxi
FJE	Función Judicial del Ecuador Colombia
FPC	Fiscalía Provincial de Cotopaxi
MAG	Ministerio de Agricultura y Ganadería
MICC	Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi
PJ-C	Policía Judicial de Cotopaxi
UNOCIC	Unión de Organizaciones y Comunas Indígenas de La Cocha
UNOCIZ	Unión de Organizaciones y Comunas Indígenas de Zumbahua
UCICA	Unión de Comunas Indígenas de Angamarca.

SOBRE LA PERITO ESTHER SÁNCHEZ BOTERO

Antropóloga de la Universidad de los Andes de Bogotá
Diploma en Hermenéutica Jurídica de la Universidad del Rosario
Doctora (PhD) Facultad de Derecho Universidad de Ámsterdam, Ámsterdam (Holanda)

Perito de la Corte Constitucional de Colombia en veinticinco (25) casos indígenas; dos (2) no indígenas.
Perito en el Consejo de Estado de Colombia.
Perito en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH.

En Ecuador

Consultora en la Constituyente. Tema Jurisdicción Indígena.
Consultora Banco Mundial Programa sobre Justicia Indígena en Ecuador.
Profesora invitada: Universidad Andina Maestría en Constitucionalismo. FLACSO Maestría en Antropología curso sobre Memoria y Peritaje antropológico.

Ha publicado doce libros y treinta y dos artículos en revistas especializadas.

PRESENTACIÓN

En este documento se encuentra un peritaje en antropología jurídica. Busca responder a la solicitud del Presidente de la Honorable Corte Constitucional Doctor Patricio Pazmiño, a fin de ampliar información pertinente para resolver, mediante un fallo, el conflicto cultural y normativo que se ha presentado en el llamado caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi, y, aportar a la construcción de entendimiento intercultural en el marco de un pluralismo jurídico de tipo igualitario que define principios y reglas de interacción, entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena.

El peritaje antropológico es una aplicación de la antropología jurídica, que es un campo especializado de la antropología cultural, o sea la rama de esta ciencia social dedicada a estudiar la interpretación de la cultura humana, es decir, todo lo que el hombre aprende como miembro de una sociedad: los conocimientos y convenciones, así como las expectativas que comparten los integrantes de un grupo y que transmiten a sus hijos. La cultura se visibiliza en sociedades particulares; esto es, en los modos de vida específicos que los distinguen de otros grupos de modo real; o bajo el sentimiento de un sentido de especificidad como distintos, pese a compartir rasgos culturales con otras sociedades. Los miembros de cada una de las culturas comparten, no sólo hábitos, valores, ideas, palabras y gestos característicos para comunicarse, sino que, además ordenan y clasifican de modo peculiar esos elementos. Una cultura es el resultado de lo propio, de lo apropiado de otras sociedades, e incluso, de lo que le ha sido impuesto.

El objetivo específico de estudio del peritaje antropológico es indagar el orden jurídico en una sociedad, como variable de la cultura. Busca encontrar, en «señales específicas» cómo se regula la vida de la gente, y las explicaciones que revelen por qué ese orden es como es; por qué funciona, qué aspectos presentan conflictos internamente o frente a otras sociedades, cuál es su lógica y qué instituciones sostienen los principios reguladores.

El peritaje antropológico que ofrece interpretaciones y presenta elementos de la diversidad cultural, busca además que se correspondan efectivamente con lo que se evidencia de la cultura de una sociedad; señala las motivaciones que conducen a ciertos comportamientos, lo que permite interpretar ciertos hechos bajo un marco específico. Aborda relaciones sociales, lógicas para unas personas «no lógicas» para otros, posiciones éticas y del poder, todas esenciales para configurar criterios más comprensibles sobre la diversidad.

Cuando se busca encontrar qué es el derecho en una sociedad y cómo se expresa este derecho en un campo determinado, se tiene que investigar también por qué la gente hace lo que hace, ya que lo jurídico suele ser un croquis mental que señala comportamientos que se deben seguir, que mueven a las personas para el deber ser y para el cumplimiento de los deberes y de los derechos.

Esther Sánchez Botero
Antropóloga PhD

1. ENFOQUE METODOLÓGICO

Para abordar los objetivos del contrato se definieron seis estrategias a ser abordadas para emprender el conocimiento profundo del caso y de las situaciones presentadas, de modo que logrará un discernimiento explicativo que permitiera apoyar el buen juicio de los magistrados y generar derroteros de entendimiento y de coordinación interjurisdicciones.

1. Se estudiaron documentos escritos partiendo de la lectura del expediente compuesto de 235 folios. Este fue entregado formalmente con la autorización del presidente de la Corte Constitucional, doctor Patricio Pasmiño.
2. Se realizó una búsqueda de información en textos que contribuyeron temáticamente a resolver ciertos interrogantes relacionados con actuaciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas de estas comunidades y, con datos etnográficos específicos, los cuales se encuentran en la bibliografía.
3. Se efectuó la revisión puntual de la Constitución, La Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de pueblos indígenas de las Naciones Unidas.
4. Se entrevistaron a las personas que aparecen en los cuadros (N.º 1 y N.º 2.). Cada una de ellas ofreció comentarios relacionados con el caso y respondieron a preguntas del perito.
5. Después de avanzado el proceso para la comprensión profunda del caso, a partir de la determinación y conocimiento de posiciones en conflicto, expresas tanto en el expediente y en los documentos, como en las primeras entrevistas, se solicitó a kichwas-hablantes realizar dibujos de la figura humana para establecer las categorías culturales relacionadas con la anatomía y fisiología del cuerpo, a fin de comprender el significado de ciertos procedimientos utilizados que generan impacto físico, psicológico y social en el ser humano. Se investigaron las características contextuales, las expresiones lingüísticas utilizadas en esta sociedad, para referirse a ciertas situaciones que permitieran explicar cómo se corresponden actuaciones y modos de expresión, que constituyen sentidos y, por esta vía, develar su carácter y avanzar hacia posibilidades de aclaración sobre aquello que es «confuso», «incomprensible», «inaceptable», «cultural», «no cultural», para llegar a explicaciones consistentes. En el cuadro N.º 2, se encuentran las personas indígenas que participaron tanto con información para responder a las preguntas como con la elaboración del instrumento de figura humana.
6. Finalmente, se examinaron los diferentes escritos periodísticos que sobre el caso se publicaron en medios de circulación nacional. (Información entregada por orden del presidente de la Corte Constitucional). Se buscó determinar: los contenidos que los periodistas trasladan a los lectores; cómo estos mensajes están o no acordes con conocimientos sobre el tema, con los derroteros Constitucionales y con valores e ideologías racistas y excluyentes. Este contenido se encuentra en un cuadro al final.

Sin excepción, todas las personas manifestaron la posibilidad de hacer públicas las apreciaciones, o datos ofrecidos.

Adicionalmente quiero manifestar que este documento ni en su totalidad, ni en parte fue dado a conocer a persona alguna, como tampoco a ninguna entidad. La reserva sobre lo conversado y conocido con todas las personas hace parte del peritaje y solamente la Corte Constitucional podrá darlo a conocer al momento que lo crea conveniente.

Cuadro 1. Personas entrevistadas

Nombres	Cargo
Patricio Pazmiño	Presidente Corte Constitucional
Luis Llásag	Profesional asistente Corte Constitucional
Nina Pacari	Magistrada Indígena Corte Constitucional
Gina Chávez	Abogada, experta en derecho Constitucional y temas indígenas
Carlos Poveda	Abogado, demandante ante la Corte y defensor de participantes indígenas en el caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi.
Raúl Ilaquiche	Abogado, demandante ante la Corte Constitucional y defensor de participantes en el caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi.
Ricardo Chaluisa	Presidente de la Comunidad de La Cocha, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi.
Alfonso Pilatasi	Vicepresidente de la Comunidad de La Cocha, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi.
Humberto Latacunga	Síndico de la Comunidad de La Cocha, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi.
José Cuchiparte	Presidente de la Organización de Comunidades Indígenas y Campesinas de La Cocha, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi.
Serafín Umajinga	Presidente Comuna de Guantopolo
Vicente Tibán	Ex Fiscal Indígena de Cotopaxi.
Jaime Olivo Pallo	Hermano de Marco Antonio Olivo. Abogado y funcionario de la Defensoría del Pueblo.
José Luis Segovia	Juez del Juzgado tercero de Garantías penales de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi.
Vinicio Santamaría	Juez de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi.
María Diocelinda Iza	Presidenta del Movimiento Indígena y campesino del Cotopaxi (MICC)
Eloísa Toaquiza	Secretaria de la Mujer y la Familia del Movimiento Indígena y campesino del Cotopaxi (MICC)
Maritza Salazar	Asistente técnico de canal del Movimiento Indígena y campesino del Cotopaxi (MICC)

Cuadro 2. Personas mayores kichwas – hablantes entrevistados

Nombres	Cargo
Ricardo Chaluisa	Hombre. Presidente de la Comunidad de La Cocha.
Jaime Cuchiparte	Hombre. Síndico de la Comunidad de La Cocha.
Ricardo Tipantuña	Hombre. Secretario de la Comunidad La Cocha.
José Cuchiparte	Hombre. Presidente de la Organización de Comunidades Indígenas y Campesinas de La Cocha.
Fabiola Chaluisa	Mujer habitante de la comunidad de La Cocha.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA PRUEBA EN ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

Es claro que el llamado «Caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi» es producto del desencuentro entre personas y sociedades cuyos marcos culturales son diferentes. Se han presentado «choques» frente a los procedimientos que fueron aplicados a infractores de la normativa expresa en el derecho propio de los comunitarios, aglutinados en la Cocha y que fueron divulgados mediante noticias que dan a estos hechos una determinada interpretación y valoración.

Para el antropólogo jurídico se trata de conocer esas acciones, o procedimientos utilizados y las posiciones que generaron, a fin de examinarlas y, ante todo de comprenderlas mediante interpretaciones, no tanto respecto de lo que puede verse en fotografías o videos, de lo que *supuestamente* representan según ajenos a su cultura, sino con relación a la función que cumplen. Es decir, al papel que estos procedimientos en efecto desempeñan en el marco de una sociedad concreta. Es en la interacción con otros que, efectivamente, se contrastan posturas culturales frente a los casos de pueblos indígenas, donde el cuidadoso estudio del significado de ciertos acontecimientos en la vida de una sociedad particular permite comprender aquello que es distinto y que, dentro de un orden Constitucional establecido, debe o no ser valorado.

La dificultad para resolver «trabas interculturales» a fin de lograr la comprensión de ciertos contenidos que determinados hechos reflejan, reside en la extensión de un mundo cultural para que se asiente fuera de su contexto; en tomar en cuenta lo meramente aparente, pese a la diferencia de funciones que las expresiones y los actos desempeñan de un contexto a otro; en la posibilidad de una debida interpretación y traducción de un sistema a otro; en las confusiones categoriales; y, en últimas, en la falta de discernimiento para diferenciar las distintas expresiones de cultura que las sociedades portan. La solución consiste en encontrar aquello que se encuentra oculto, que tiene su propia lógica y por lo tanto su propia explicación. Si conocemos la explicación que permite entender ciertos actos se puede evaluar si existe error, su verdadero origen, antijuridicidad, las manifestaciones e implicaciones que tienen y, al dar cuenta de estos, como paso indispensable, conseguir una verdad que no termine siendo trivial.

3. POR QUÉ SE DEMANDA ESTA PRUEBA

Se reconoce en primer lugar, que un juez tiene una identidad y unas posiciones culturales, que pueden intervenir negativamente en un caso, identificado con una cultura distinta, ya que este no es necesariamente imparcial. El presidente de la Corte Constitucional propone para lidiar esta situación ética y para ponderar esas otras realidades que determinan unos hechos, que un experto, a su solicitud,

haga un análisis cultural, en el terreno de la antropología jurídica, que contribuya a comprender un asunto que requiere comprenderse y que, por la singularidad del objeto de estudio del derecho, no necesariamente se tiene por parte de los jueces. Con este camino ya trazado, desplaza la Corte Constitucional la pregunta por la imparcialidad del funcionario de una sociedad multicultural y pluriétnica, con base en las teorías de la justicia, hacia el contexto de las discusiones sobre el análisis cultural practicado por la antropología (particularmente por la etnografía). Debe interpretarse esta demanda como una necesidad para los funcionarios involucrados en la resolución de este tipo de compromisos. Es decir, deben apoyarse en otro saber para garantizar la presencia de un nuevo conocimiento, que diluya la posible parcialidad cultural que, en general, portan los funcionarios.

Esta propuesta significa reconocer que los jueces deben contar con una complementación a su formación y con un aporte externo. Simboliza que el conocimiento sobre la cultura cumple una función determinante como es la de apoyar a los jueces para que realicen decisiones garantes, basándose en un conocimiento especializado. En otras palabras, pide a los científicos sociales que se involucren y que compartan con los funcionarios judiciales la responsabilidad de asumir decisiones de dimensión política y de gran impacto social y cultural para toda la nación. Solicita que la gestión de los asuntos del Estado sea compartida por la investigación científica. Propone que para que las decisiones de los miembros de la más alta instancia de la justicia estatal sean adecuadas, la sociedad debe contar con una comunidad científica e intelectual, robusta y beligerante, debiendo producirse un diálogo fluido con esta comunidad.

Como intelectual formado en la cultura de Occidente, el juez Constitucional se enfrenta a preguntas como: ¿qué significan ciertas expresiones o manifestaciones en una determinada sociedad? ¿a qué dar importancia y a qué no? ¿privilegia los elementos «más tradicionales e inalterables» de una cultura? ¿Reconoce la existencia de «importaciones culturales» que fueron impuestas o apropiadas? ¿Qué manifestaciones no son culturales?

El texto Constitucional, por ser una unidad de principios indeterminados, no tiene una única manera de interpretación. Por ello, el juez Constitucional, que es un tercero incluido en un conflicto, pero que tiene la mayor autoridad jerárquica, habrá de arbitrar con base en interpretaciones, buscando una salida justa, imparcial y que resguarde integralmente el espíritu Constitucional.

En este sentido, un magistrado expresa que:

[...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una moderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho Constitucional, se hace necesario establecer una especie de diálogo o interlocución directa o indirecta, entre el juez Constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada debido al fallo que debe proferirse.

La función de una actividad como la mencionada persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte Constitucional, a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el *ethos* y la cosmovisión propia del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural.

A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada es posible la adopción de un fallo Constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor de justicia consagrado en la Constitución Política.

La transdisciplinariedad orienta al nuevo derecho caracterizado por exaltar la diversidad cultural y erradicar el deber de sostener una visión cultural única y hegemónica de la sociedad. «El enfoque transdisciplinar, es visto como diálogo, como apertura y permeabilidad entre fronteras, abre el consenso bastante extendido de que con ello se está produciendo una revolución del saber».

Dado el reconocimiento Constitucional a la diversidad de pueblos y nacionalidades indígenas en Ecuador, se infiere la existencia de una variedad de los sistemas de derecho y, por ende, de justicia y se prevé un alto índice de diferenciación, de expresiones distintas y de prácticas judiciales, para abordar una misma situación, definida en sociedades específicas como antijurídica. Los ejemplos son inimaginables pues el derecho regula toda la vida social.

¿Cómo se aborda desde diferentes derechos la orfandad de un niño?

¿Quiénes son parientes en una sociedad?

¿A qué edad se es considerado adulto?

¿Cómo se juzga y se corrige a un homicida?

El derecho a la distintividad de los pueblos se ve restringido al extenderles los mismos sentidos del derecho y de la justicia que contiene la sociedad hegemónica (Pluralismo jurídico de tipo unitario).

Es precisamente en el encuentro de culturas diferentes donde se conoce lo conductualmente «normal y aceptable» o lo «desviado y anormal», que son referentes que varían de una sociedad a otra y, por consiguiente, tanto la desviación como lo aceptado socialmente sólo pueden definirse en un sentido relativo. Existen culturas dentro de una misma nación que no concuerdan entre sí, acerca de lo que es «normal y lo que es desviado». Tal relativismo conduce a una de las polémicas de la antropología jurídica: la posibilidad de considerar o descartar el contexto sociocultural del «criminal» o del «desviado» en el momento de juzgarlo y de aplicar determinada norma externa.

Desde la antropología jurídica, se explican hechos debido a la existencia de principios particulares que permiten entender cómo, en actos aparentemente iguales, existen razones diversas, es decir, referentes culturales por los cuales dichos actos fueron realizados. Desentrañar la lógica de comportamientos aparentemente iguales es la tarea, pero, ante todo, la posibilidad de exaltar y valorar la lógica de esos comportamientos. También busca en hechos distintos, por ejemplo, en procedimientos, principios iguales.

Una de las dificultades que se presentan entonces, es esclarecer lo propiamente jurídico en ciertas sociedades. La indeterminación de lo jurídico obstaculiza distinguirlo a pesar de estar ampliamente configurado. Por esa razón, el antropólogo jurídico se aproxima a su objeto sin utilizar las categorías del derecho específico de una sociedad como patrón o como marco de referencia para otras. El único camino válido parte desde la cultura específica, y esto significa la posibilidad de desentrañar las categorías jurídicas a partir de los procesos concretos que se dan en cada sociedad. Una forma de adentrarse en el derecho, como variable cultural, es aplicar mediante ciertos criterios específicos «pruebas» o «exámenes» para conocer el sentido de los que son solamente «síntomas», asomos, e indicios de una realidad cultural, como por ejemplo que:

Una comunidad reunida ordena darle fuete a un trasgresor.

Las autoridades con competencia jurisdiccional definen aplicar un tipo de ortiga para tocar con ésta al sujeto transgresor.

Estas expresiones en cada caso inducen a determinar el papel que estos hechos juegan en la sociedad para estipular su juridicidad. Requieren verificar en la particularidad de esa sociedad las representaciones culturales de regulación que guían a sus miembros. Por ejemplo:

¿Cuál es la concepción que se tiene en La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujil, Cotopaxi, de la fisiología y la anatomía del cuerpo humano ya que como sociedad determina que las autoridades con competencia jurisdiccional o familiares en situaciones particulares utilicen ortiga, agua fría y que el transgresor toque piedras con sus pies?

¿Qué significa que la justicia es rogada en La Cocha, Zumbahua, Pujil, Cotopaxi, Guantopolo?

¿Cómo se concibe la relación entre transgresión de las normas, estado del cuerpo físico, el medio natural y el territorio?

El conocimiento holístico de una totalidad sociocultural es equivalente a lo que podría ser la valoración integral de un enfermo y su entorno por parte de un médico. En ambos casos es posible comprender cómo el individuo o grupo ―mirados como caso― no son independientes de su contexto y más bien son su fruto. Examinar estas realidades por medio de descripciones monográficas densas en el caso de las sociedades, permite encontrar relaciones entre lo jurídico, lo social no-jurídico y lo propiamente individual; también establecer y ordenar los cambios en una cultura, que está en movimiento en forma permanente y establecer cómo se internalizan las normas y los procedimientos que identifican el derecho en una sociedad, que como institución, también se ve modificado por nuevas ideas que generan cambios culturales y, reorganización social. Veamos unos ejemplos:

Frente a la nueva realidad de jóvenes indígenas *rockeros,* en tanto sujetos distintos, hay o no aceptación a su apariencia y a sus prácticas, por parte de su sociedad.

Las autoridades definen eliminar la pena de muerte como sanción utilizada para las graves transgresiones.

Los miembros de una sociedad también poseen referentes de salubridad, de planos físicos y espirituales (subsuelo, tierra, montañas, valles, cielo, infierno, amarillo, blanco, páramo), para determinar restrictivamente el lugar de donde se deben conseguir ciertos elementos, clasificados como necesarios para el ritual de purificación.

El mayor reto del peritaje antropológico es hacer que una cultura sea inteligible, asequible; liberar ciertas costumbres de su extrañeza, de manera que los jueces encuentren en estos textos los argumentos que logren concebir esa otra realidad, como es en tanto distinta y valorable. También, que el juez se despoje de prejuicios y que pueda juzgar esas costumbres mediante la «justa razón»; que descarte o aleje las ideas que son peculiares a su propia sociedad y cultura, y no las extienda a toda sociedad indebidamente; que considere las circunstancias de tiempo y lugar en que los otros viven. Al mismo tiempo que, si compara las culturas de esos otros pueblos, pueda deducir que sí, efectivamente existen otras máximas, símbolos y proposiciones que guían la vida de los miembros de distintas sociedades.

4. FUNDAMENTOS LEGALES QUE RESPALDAN EL PERITAJE

En el Capítulo III: acción de protección, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establece:

Art. 39. Objeto. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Capítulo IX: Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

Art. 65. Ámbito. la persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos Constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión en el término de 20 días de que la haya conocido.

Se observará los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, código orgánico de la función judicial y la ley.

Efectivamente, en este caso, es el hermano de la víctima asesinada quien interpone la acción extraordinaria de protección para examinar si las decisiones de las autoridades indígenas pueden avalarse en el marco de la Constitución

Art. 66. Principios y procedimiento. la Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1. Interculturalidad. El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.

2. Pluralismo jurídico. El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo (perfeccionamiento, mejora, tratamiento) de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

3. Autonomía. Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante, el reconocimiento de un máximo de autonomía tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.

4. Debido proceso. La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituye el entendimiento intercultural del principio Constitucional del debido proceso.

e) Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de persona 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 en los instrumentos internacionales.

5. LA CULTURA: MUNDOS DE CREENCIAS FORMAS DE VIDA Y VERDADES

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente y con el objeto de llenar de contenido el espíritu de la Constitución de proteger la diversidad étnica y cultural mediante la decisión de los jueces Constitucionales, en este aparte se inicia el contenido de fondo del peritaje. Por ello, informar sobre fundamentos antropológicos de la cultura es la base para resolver puntualmente las preguntas que entrañan conflicto cultural y normativo.

Lo que creemos depende de lo que aprendemos, hasta llegar a configurar toda una manera de considerar el mundo, con un amplio sistema de conocimientos que constituyen el trasfondo del saber y de la verdad.

Para un católico ir a misa todos los domingos y guardar los mandamientos le asegura que después de muerto pueda vivir eternamente en el cielo con Dios, la Virgen, los Santos, los Apóstoles…existe la Tierra donde vivimos, el cielo, el infierno y el purgatorio adonde, según nuestro comportamiento, podemos llegar temporalmente o de manera eterna.

A la palabra nevado la pensamos como una montaña con nieve y nos enseñaron que la nieve es blanca.

La «imagen del mundo» sentada en realidades como las anteriores, no se inventa, ni es objeto de construcción deliberada por parte de los individuos o de ciertos grupos. Este aprendizaje básico, está constituido por representaciones públicas que estructuran a las personas para ciertas rutinas de la vida. La *imagen del mundo* no está conformada de ideas supuestas que puedan ser calificadas como correctas o no, surge del «hacer», de las maneras de actuar, de las prácticas habituales, usos y costumbres; de los métodos, procedimientos y sistemas de reglas enseñadas, todo lo cual corresponde a una forma particular de realizar la vida en sociedad.

Hablar un lenguaje para expresar lugares, acciones, situaciones, forma parte de un estilo de vida. La tradición, aquello que nos une como miembros de una sociedad concreta no es un hilo que alguien pueda tomar cuando guste, así como es imposible también, elegir a los propios antepasados.

5.1. Normativa y estilos de vida

La cultura es un reglamento, presupone un reglamento, para poder vivirla. Las prácticas que realizan la mayoría de las personas de una sociedad corresponden a ciertos conceptos y acuerdos. La corrección que demuestran las personas al seguir principios y reglas es producto de las expectativas de un colectivo y, de la normatividad que es lo que opera como fundamentos para el comportamiento deseable. Las normas de corrección definidas dentro de una comunidad y las prácticas comunitarias deben asegurarse por parte de toda la sociedad para evitar la barbarie, pero particularmente, de personas reconocidas socialmente como autoridades competentes, para hacer cumplir la normatividad vigente.

Es comunitario, entre los kichwa, es un sujeto de bien, aquel que respeta las normas y esto se expresa en sus acciones y experiencias propiamente dichas. Así, las prácticas, los hábitos de las personas, son

el material del que se dispone para juzgar la corrección. La comprensión de lo normativamente establecido en una sociedad es lo que permite saber qué es correcto y qué no. Con todo, los juicios dependen del consenso relativo a las normas que rigen a una sociedad para mantener una forma de vida.

5.2. Relatividad de lo correcto y de lo normativamente aceptable

Cuando partimos de la cuestión acerca de si lo deseable, para una sociedad es deseable para la humanidad, o para otras sociedades el relativismo se presenta como una ofensiva sistemática a la pretensión de universalidad de las prácticas. Esta postura niega la posibilidad de universalizar —en algún sentido racionalmente admisible— creencias o prácticas cuya validez lo sean para una sociedad específica, por lo que todas las afirmaciones, sean del orden que sean, son relativas a ciertos contextos en los que aparecen y se formulan.

Lo que cada cultura considera verdadero es verdadero para esa cultura, pero no necesariamente lo es para otras. Así por ejemplo para un mestizo católico:

Jesucristo subió a los cielos y está sentado a la diestra de Dios Padre.

María tuvo al hijo de Dios siendo virgen.

Los kichwa con «mala energía» pueden traspasarla a un animalito y enfermar.

Al juzgar las manifestaciones culturales distintas, que existen en diferentes naciones, se pueden encontrar grados de comprensión o tolerancia que permiten una clasificación de esas posturas, que va desde el dogmático —que podría verse como relativista grado cero— hasta el escéptico radical e irrestricto. El relativista radical sostendrá que los enunciados en disputa, por ejemplo, que Jesucristo subió a los cielos y está sentado a la diestra de Dios Padre no puede ser una creencia de la que tengan que participar y creer todos los ciudadanos en el mundo; defiende que esa creencia es verdadera para los miembros de la sociedad que la tienen en su pensamiento y en su práctica, pero no puede universalizarse en absoluto o, específicamente en una tradición cultural determinada.

5.3 El término relativismo apunta a muy diversos órdenes de problemas

Las actitudes relativistas emergen con el abandono de la búsqueda de un punto de vista absoluto.

1. Se impulsa en la simple visión, comúnmente aceptada, según la cual, las creencias, actitudes e ideologías que los seres humanos se forjan son conexas con la cultura, sociedad o tiempos en los que les ha tocado vivir.

2. Se presenta como sinónimo de escepticismo, ante la posibilidad de que un cierto conocimiento objetivo y razonable esté asentado en una única verdad, corrección, razonabilidad y justificación, y que por ello mismo puede, cuestionar la validez de otros conocimientos y prácticas.

3. Aparece bajo una tesis ética, es decir, si lo que se cuestiona como bueno o deseable en sí mismo es lo que algún código o patrón de conducta particular reclama como universalmente debido, en cuanto es considerado bueno de modo generalizable.

Por lo anterior interpretar creencias, ciertos hechos, actitudes, o procedimientos de una sociedad particular, implica conocer el contexto dentro del cual pueden describirse y comprenderse. Quien hace estas descripciones culturales de manera adecuada, es porque está entrenado para realizar esta

tarea; tiene más posibilidades para distinguir lo que es cultural, lo que a la gente se le transmitió Inter generaciones, que hace parte efectivamente de un corpus común. Significa que esa persona además de poder describir ciertos fenómenos también puede llegar a conclusiones de interpretación, y de diagnóstico explicativas.

Un médico tiene los criterios (producto de formación) para establecer el significado de ciertas señales que se presentan en un paciente como fiebre, puntos rojos en el cuerpo... Por lo tanto, más allá del sentido común que puede tener un familiar cercano o del mismo enfermo, la posibilidad de leer los datos que traen los exámenes que él ha ordenado, le indican si el brote es una enfermedad eruptiva o una simple indigestión.

La descripción de los datos etnográficos presenta dos rasgos: *a)* es microscópica (imperceptible) y, *b)* es interpretativa. La cultura no se expresa en las acciones sociales (lo que a simple vista se ve) estas son un asomo de algo más que sí mismas y es lo que se debe descubrir. Geertz, señala que: las formas que asume una sociedad son la sustancia de la cultura. La conclusión de Geertz sobre todo lo que ha dicho en torno a la descripción y sobre lo que significa la cultura, es que:

«[...] la vocación de la antropología interpretativa no es dar respuesta a nuestras preguntas más profundas, sino darnos acceso a las respuestas dadas por otros y así permitirnos incluirlas en el registro consultable de lo que ha dicho el hombre».

Con base en lo expuesto a continuación se presenta la resolución de las preguntas realizadas a la Corte en la Acción extraordinaria de protección.

6. OCHO PREGUNTAS CLAVES EN ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

En los folios 43 a 55 dentro del expediente se presenta Acción Extraordinaria de Protección que solicita Víctor Manuel Olivo Pallo en calidad de hermano del difunto asesinado. Las preguntas que se formulen serán respondidas una a una, buscando dar acceso al «registro consultable de lo que ha dicho el hombre», según Geertz y que, en este caso, se trata de un pueblo indígena en particular del Ecuador.

6.1. Si las autoridades indígenas al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrida en territorio indígena de la Parroquia de Zumbahua.

Uno de los derechos de los pueblos indígenas es el derecho a organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y sus deseos. Este derecho incluye, por lo tanto, el derecho del pueblo indígena a regirse por sus propias normas, con la posibilidad tanto de crear normas como de aplicarlas.

Las autoridades indígenas de La Cocha, Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi, que como Comisión juzgan y sancionan lo hicieron facultados por dos fuentes: formalidades normativas externas y formalidades normativas internas, que a juicio del perito plasmaron plenamente en sus actuaciones.

6.1.1 Formalidades externas

- El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes se aprobó el 14 de abril de 1998 y fue publicado en el registro oficial, N: 304. Los artículos relacionados con la protección estatal a los sistemas legales indígenas son 8, 9, 10, 11 y 12.

Artículo 8.
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 estas 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.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

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

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

Artículo 11.
La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados y servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12.
Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

- La Constitución del Ecuador 2008 en su artículo 171 define que: «las autoridades de los pueblos y nacionalidad indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales y sus derecho propio dentro del ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de los conflictos internos y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos y garantizados en instrumentos internacionales vigentes».

  El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en el ordenamiento Constitucional: la *posibilidad* de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas. La Constitución *autoriza* a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio

de funciones jurisdiccionales reconociendo la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir el conocimiento de un caso. Cuando se radica en una persona o una institución una función, esa persona o institución está en la obligación de realizar las actividades relacionadas con la función. Cuando se trata de una función pública como es la de administrar justicia, un incumplimiento de la función tiene como consecuencia la negación de los derechos de los ciudadanos y, en el caso particular de la justicia, la consecuencia es nada menos que la violación del derecho al acceso a la justicia.

El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas es un derecho y al asumir el conocimiento de un caso y aplicar normas y procedimientos según las reglas vigentes se comprueba que es competente y que debe conferirse igual valor a los principios y a las decisiones de los jueces ordinarios (ordinarios aquí por oposición a indígenas).

La teoría clásica del derecho procesal coincide en señalar como elementos de la jurisdicción la *notio,* el *iudicium* y el *imperium.* La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez. Presupone la facultad de citar a las partes, recaudar 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.

- En el inciso segundo del artículo 171 de la Constitución se dispone que:

  «El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. 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».

- La Declaración de la Asamblea general de las Naciones Unidas que adoptó el Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos en 1966 en su artículo 27 manifiesta:

  «El derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de las costumbres y tradiciones legales».

- El Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial Título VIII Relación de la Jurisdicción indígena con la Jurisdicción ordinaria, establece:

  Art. 344. Principios de la justicia intercultural. La actuación y decisiones de los jueces, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos observarán en los procesos los siguientes principios:

  a) Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y revalorización 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, 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 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 competencia 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.

6.1.2. Formalidades normativas internas

6.1.2.1 Autoridades propias

- Las autoridades con competencia jurisdiccional son personas socialmente reconocidas y nombradas para prestar servicios a la colectividad. Conocimiento social, cultural, político y sobre todo jurídico, es el talante que porta una autoridad como resultado de procesos desde que nace hasta que encuentra su plenitud, como mayor. El *cawsay ricuchi tantanakuy* o proceso de socialización comprende distintas fases, para ser formado hasta encaminarse a prestar servicios en el marco de la ética y «mucha justicia». Así pasa con el *apuk,* autoridad o persona social predestinada a prestar servicios a la colectividad

- Las autoridades participan de la extensión de ciertos poderes como el de la *pachamama* o madre-tierra que, básicamente representan fuerza procreadora y la de dioses masculinos que representan fuerza política (Fernández: 3). Aquí el concepto político hace relación a la defensa de los intereses del pueblo, de una sociedad. Tienen el deber como autoridades de cumplir lo que está normativamente estipulado; esto es, lo determinado en tanto es tradicional de la cultura preincaica, por lo que Garcilazo de la Vega (1605, 1970: 103, citado por Fernández: 4) dice:

  > Y tanto más rigurosamente cuando más superior era su ministerio, porque decían que no se podía sufrir; que el que había sido escogido para hacer justicia y sin maldad.
  >
  > Ni que hiciese delitos el que estaba puesto para penarlos, que era ofender al sol y al Inca que le había elegido para que fuese mejor que todos sus súbditos.

- El que puede aplicar justicia se rige por la ética del trabajo y la prestación de servicios. Es decir, que la legitimidad y la legalidad de las autoridades indígenas se consiguen siguiendo un camino, prestando servicios, cumpliendo cargos de autoridad y festivo-ceremoniales, según sustente o usufructúa recursos o bienes tanto materiales como inmateriales. De este modo, el poder o la justicia no son implantados de facto; se los crea a la manera de una persona que tiene que superar distintas fases de socialización. Es en este proceso donde se escoge la autoridad, lo que se logra en consenso de manera no impuesta o implantada al calor de circunstancias (…) Aquí vale la capacidad, la ética y la responsabilidad (Fernández: 29).

- Existen diferentes autoridades relacionadas con el mundo de la justicia y con funciones distintas: quienes investigan, quienes ejecutan la sanción delante de todos y quienes escriben lo que sucede.

- Para asumir los cargos tienen que cumplir con los requisitos de ser originarios, haber ejercido sus cargos de autoridad y tener un prestigio notable. Ellos son sometidos a la voluntad de la comunidad. La autoridad tiene su carácter de sacralidad ya que la administración de justicia implica una gran responsabilidad.

¿Cuál es el procedimiento que tiene la comuna para escoger un cabildo?

Ricardo Chaluisa: para escoger, para ser ciertos dirigentes hay que «hacer una asamblea general». Antes de la elección, el presidente actual convoca, tiene una relación con el teniente político, entonces cuando el teniente político el presidente ya le comunica y ellos deciden para que fecha o para que día pueden hacer ese cambio de cabildo; entonces ahí mediatamente hacen una convocatoria oral. Dentro de esa convocatoria oral existen alcaldes o vía del parlante en sí se le comunica diciendo: «para tal día y tal fecha hay el cambio del cabildo y por lo tanto debe de acudirse ese día para la elección del cabildo», entonces frente a eso es, cuando y vienen toda la gente.

Por ejemplo, nosotros hicimos el domingo 26 de diciembre, para eso; yo especialmente, «le convoque a los dirigentes actuales que estaban y luego les convoque también ya a los comuneros, a los miembros, a hombres y mujeres, a niños también tienen que acudir. Entonces cuando llega más o menos a las doce del día les convoque, entonces a esas horas deben de llegar los comuneros en esa fecha. En ese día en primera instancia siempre da el informe pertinente de que nomás se ha hecho durante el año, que ha trabajado dentro de ello. Cuando ya le da un poco del informe, ya le conoce los miembros de la comunidad, entonces estos comuneros de ahí escuchando el informe así, y luego ya el señor teniente político le da moción, esta moción cuando ya le da, ahí es lo que dice ahora sí necesitamos a los señores miembros de la directiva quienes deben de ser el presidente. Ahí la asamblea decide quién puede ser y quienes no más no pueden ser. Entonces ahí tienen que hacer una votación en frente a eso tienen que hacerles ahí escogen los ciertos compañeros y ya les da moción en esa moción cuando ya le da entonces ahí ya los miembros los comuneros deciden y hacen una votación, en esa votación ya transparente en la pizarra de quien es presidente».

Entonces esa persona también no tiene que ser cualquiera persona que puede ser dirigente, sino que deben tener un poco la experiencia, un poco experto, un poco lo que sabe, un poco ha sido quien tiene estrechó la relación con las comunidades o también hay dos cosas también o si no algunos compañeros de repente pueden estar algún extraño ahí, pero de la misma comunidad también tienen que elegir a ellos también, a veces no. Eso también lo que pasa para que coja nueva experiencia y expectativa, ahí es lo que «elige comenzando desde presidente, vicepresidente, síndico, tesorero y el último es el secretario».

¿Quiénes son estos alcaldes?
Ricardo Chaluisa: los alcaldes son unas personas mayores de las comunidades que siempre tienen esa vocación para llamarles (a los de la comunidad). Entonces una persona mayor puede ser un hombre y la mujer, entonces esa persona ya los llama subiendo a la loma, ya les llama diciendo que vengan toda la gente porque estos días hay cambio del cabildo.

Jaime Cuchiparte:
En este caso permite complementar un poquito. La gente en ese día de la elección primero los ven; tienen que conocer la comunidad en general entre todos ya un borracho, así puedo decir vulgarmente, a un

borracho, a un mujeriego, a esas personas si ya las ven a esas personas no pueden, no toman cuenta para la directiva, a una persona que no viva bien, pero ya que tiene sus ejemplos, sus conocimientos: como poder dirigir a la gente, a la juventud en sí. Hoy en día creo que nosotros tenemos más deber de cuidar a nuestra juventud porque con la migración están cambiando casi totalmente, pero hemos estado afinando, pero en ese caso no eligen a cualquiera, convocan entonces en la sala de las elecciones está la gente, claro que «algunos compañeros lanzan un candidato, otros también lanzan candidato, dos o tres candidatos participan para una dignidad, de esos dos o tres candidatos la persona que tenga mayor votación, mayor respaldo los compañeros comuneros es elegido para la directiva».

Hablando del alcalde en comisiones, en otras comunidades creo que, por otros sectores indígenas, ocupan el cacho saben tocar el cacho eso quiere decir que están llamando a una reunión, pero en el caso de La Cocha hay compañeros comuneros que ellos son ex -dirigentes, en sus años de la juventud, ellos fueron dirigentes, ellos ya van pasando la edad. Ahorita nosotros tenemos los compañeros alcaldes que decimos, llamamos vocales, pero se conoce por alcaldes; pero ellos están pasados de 50 años; también, no pueden ser jóvenes porque no quieren, tienen recelo, pero los compañeros exdirigentes que ya son mayores, pasados de 50 años, ellos son los encargados de reunir a la gente sea día, sea noche; nosotros comunicamos a ellos y ellos se encargan de reunir a la gente.

¿Cómo es el proceso de posesión?
Ricardo Chaluisa: bueno, el proceso de la posesión, es muy distinto ancestralmente, nosotros siempre en momento formal siempre en las personas autoridades quienes lo hacen, estos días «el señor teniente político que hace posesión, que lo hizo es de manera formal como cualquiera, como es una posesión (…) pero en cambio, en nuestra parte tienen que pedir un poco también disculpas a la persona mayor, una persona mayor tiene que darle esa ceremonia: entregarle el bastón de mando, esa situación, nosotros también hemos estado olvidando en ese sentido».

¿Cómo se dice en su lengua la posesión, ese evento de la posesión?
Ricardo Chaluisa: Sinchi achina

Jaime Cuchiparte: y una complementación, en nuestras comunidades indígenas hoy, como dice compañero presidente, estamos posesionados por el señor teniente y vamos a ser posesionados por los alcaldes, especialmente. Ellos tienen bastón de mando, ellos entregan a nosotros, después viene otro (…) «en carnaval compañeros cogen y hacen bañar a los dirigentes sean antiguos, sean reelegidos o nuevos; eso hacen.

¿Por qué hacen?
Porque así es la costumbre allá, dicen, para que comience un nuevo año, comienzan frescamente a trabajar, todo lo malo entre dirigentes, comuneros que hayan tenido año pasado que termine ahí, hacen una limpieza a los dirigentes».

¿El baño es importante en todas las circunstancias de su cultura?

Jaime Cuchiparte: Si, a la directiva le hacen. Eso sí, para que vayamos a mentir, solo con agua, los llevan a un río, le sacan la ropa principal y hacen bañar, le dan bastón de mando, aconsejan. Ese baño lo hacen en La Cocha, eso es en febrero.

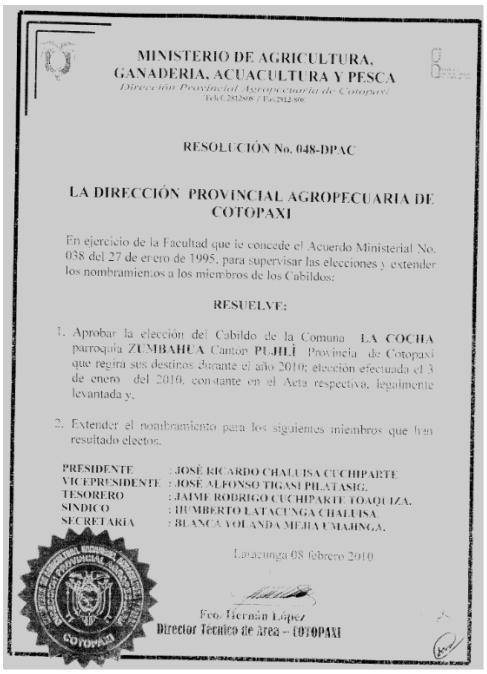
Esta situación que usted comenta sobre el baño a los dirigentes ¿es algo propio de La Cocha o, es algo generalizado en la provincia de Cotopaxi o en otras comunidades?
José Cuchiparte: «en carnaval hacen bañar porque todas las comunidades bajan a la minga de la comunidad y por eso que ahí ya cogen persona mayor, coge a los dirigentes, mujeres especialmente, hacen bañar con agua fría a dirigentes y vocales; y toca dar una botella de trago. De ahí en adelante

trabajar. Si alguna palabra se ha dicho es corregir y la maldad la manda en el agua. Esa costumbre es posesión de nosotros todavía», de ahí alcalde después de eso alcalde nombramos cada comunidad quien va a hacer alcalde todo eso también ahí hacen bañar ninguno se salva ahí.

Cuadro 3. Dirigentes indígenas y autoridades civiles presentes en el juzgamiento. Caso Marco Antonio Olivo Pallo

.....	UCICA de Andamarca
Eloila Toaquiza	Pallamukug de Pilalo organización de mujeres
.....	Organización de mujeres de Tacacsa
Alfredo Toaquiza	La Cocha Organización de pintores de Tigua
Autoridades de instituciones no indígenas	
Jaime Olivo Pallo	Defensor delegado de la Defensoría del Pueblo
Dr. Vicente Tibán	Fiscalía Indígena de Cotopaxi
Policía judicial	
Humberto Jacho Tacumbe	Comisaría Nacional de Pujilí
Orlando Quindigalle	Jefe político del cantón Pujilí
María Diocelinda Iza	Presidenta del Movimiento Indígena del Cotopaxi
Delegado de la CONAIE	
Delegado del CODENPE	
Marcelo Viscarra	
Párroco de Zumbahua:	Representante de Matogroso
Alfonso Tulpa	
Jaime Pallo	Junta Parroquial de Zumbahua
	Teniente Político de la parroquia Zumbahua

Nombres	Cargo
Luis Alberto Tulpa	Presidente Comuna Saraugsha
Edgar Marcelo Chaluisa Quishpe	Presidente Comuna Guantopolo
Jorge Candelejo Pilalumbo	Presidente Comuna Chami
Juan Francisco Tigasi	Presidente Comuna Tigua Chimbacucho
Daniel Limichanga	Presidente Comuna Michacalá
Alfonso Manotoa	Presidente Comuna Talatac
Manuel Adolfo Guamán Candelejo	Presidente Comuna Yanaturo
Ernesto Cuyo	Presidente Comuna Janaturo
Ricardo Chaluisa Cuchiparte	Presidente de La Cocha
José Segundo Latacunga Pallo	Presidente Comuna Ponce Quilotoa
Manuel Cocha	Presidente de Maca
Ricardo Cuchiparte Lisintuña	Comunidades Pasobullo
José Segundo Guanotuña Chaluisa	Presidente de Vaqueria
Eduardo Chiguano	Callca
José Nelson Quishpe Vargas	Presidente de Cocha Uma
Ricardo Chiguano	Dirigente de Iracunga
César Humberto Cuchiparte Cuchiparte	Presidente de Quilapungo
César Humberto Cuchiparte Pastuña	Organización Turístico Quilotoa Jatalo
José Humberto Pilatasig Latacunga	Presidente de Macapungo
Hugo Canuhag	Dirigente de Pacaugsha
José Humberto Pastuña Umajinga	Miembro de Iglesia Evangélica
Ernesto Cuyo.	Organización UNOCIZ de Zumbahua
José Ernesto Pilatasig Latacunga	Organización UNOCIZ de Zumbahua Tesorero
José Cuchiparte Toaquiza	Organización UNOCIC La Cocha



MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERIA, ACUACULTURA Y PESCA

Dirección Provincial Agropecuaria de Cotopaxi

Telef. 2812608 / Fax 2812 606

RESOLUCIÓN No. 048-DPAC

LA DIRECCIÓN PROVINCIAL AGROPECUARIA DE COTOPAXI

En ejercicio de la Facultad que le concede el Acuerdo Ministerial No. 038 del 27 de enero de 1995, para supervisar las elecciones y extender los nombramientos a los miembros de los Cabildos:

RESUELVE:

1. Aprobar la elección del Cabildo de la Comuna **LA COCHA** parroquia **ZUMBAHUA** Cantón **PUJILÍ** Provincia de Cotopaxi que regirá sus destinos durante el año 2010; elección efectuada el 3 de enero del 2010, constante en el Acta respectiva, legalmente levantada y,

2. Extender el nombramiento para los siguientes miembros que han resultado electos.

PRESIDENTE	**:JOSÉ RICARDO CHALUISA CUCHIPARTE**
VICEPRESIDENTE	**: JOSÉ ALFONSO TIGASI PILATASIG.**
TESORERO	**: JAIME RODRIGO CUCHIPARTE TOAQUIZA.**
SINDICO	**: HUMBERTO LATACUNGA CHALUISA**
SECRETARIA	**: BLANCA YOLANDA MEJIA UMAHINGA.**

Latacunga 08 febrero 2010

Fco. Hernán López
Director Tecnico de Area – COTOPAXI

COTOPAXI

Es fiel copia escaneada de la fotocopia en La Cocha.

6.2. Con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio

Por sus modos de vida altamente ritualizados y con un sentido de colectivo y especiales vínculos con la naturaleza siguen el debido proceso.

6.2.1. Autoridades en cadena

El primer paso, es que a las autoridades indígenas se les ruega, como instancia socialmente reconocida, y como expresión social de la demanda para satisfacer una necesidad, que actúen frente a un caso. Esta parte del proceso se denomina *willachina.*

En el caso llamado «La Cocha» se presenta una manifestación de la institucionalidad de este pueblo que se denomina *autoridades en cadena*. Fernández (2004 p. 47). Así, por ejemplo, dentro del hogar el padrino arregla los conflictos de la pareja, siendo la autoridad delegada y especializada para el mantenimiento de la buena salud del matrimonio, que es la base social de la comunidad. También, existe la posibilidad institucionalizada de que en casos difíciles una autoridad con competencia jurisdiccional, por circunstancias muy especiales, llame a otras para encontrar en conjunto, una solución equitativa o para delegar la competencia (Sánchez, 2005).

Significa que se prestan servicios y colaboraciones entre autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales. Las autoridades, los familiares de la víctima y miembros de la parroquia de Zumbahua donde sucedió el hecho, avisan a las autoridades de Guantopolo sobre el suceso y como en Zumbahua no existe ni el órgano, ni la función para ejercer justicia, unos y otros activan la institución *autoridades en cadena*.

Siguiendo el debido proceso, debe justificarse la negativa de hacer justicia por parte de unas autoridades y la de hacer justicia de otras. Este es el caso de *autoridades en cadena* en donde esta modalidad institucional funcionó y estuvo justificada también en la tracción:

1. Tradicionalmente se juzga en el territorio del ofendido o de su familia.

2. Porque fue a solicitud de las autoridades de Guantopolo y del presidente de la Junta Parroquial de Zumbahua que rogaron a las autoridades de La Cocha: Ricardo Chaluisa, Jaime Cuchiparte, Ricardo Tipantuña, José Cuchiparte, ejercer las funciones jurisdiccionales frente al caso.

3. Fueron elegidos por ser competentes jurisdiccionalmente y experimentados.

4. Las autoridades de Guantopolo eran familiares de los victimarios y para los familiares del muerto. Estas no podían garantizar que sus actuaciones no trajeran posteriores conflictos con sus propios familiares indígenas envueltos en el caso.

5. Los parientes del muerto rogaron a las autoridades de La Cocha porque tenían sus parientes allá.

7. Porque no existe comunidad en Zumbauhua y no tienen autoridades.

8. Definen hacerlo en La Cocha, pero con base en una Comisión conformada por diecisiete autoridades.

Entrevista a Vicente Tibán ex Fiscal Indígena de Cotopaxi.

Vicente Tibán: Las organizaciones me designaron a mí como fiscal […] me propusieron como una terna y el señor fiscal general me seleccionó a través de un contrato de trabajo. 32 organizaciones de segundo grado existen acá y ellos en una Asamblea Provincial seleccionaron mi nombre…

Vicente Tibán: El fiscal indígena no está para quitar atribuciones a las comunidades indígenas puesto que las autoridades indígenas de cada una de las comunas tienen su derecho propio, sino para coordinar el tema de resolución de conflictos con comunidades indígenas. Entonces cuando llega una denuncia a la fiscalía indígena por algún motivo, no conoce la autoridad indígena puesto que muchas autoridades salen de las comunidades en busca de trabajo toda esa situación, a veces no está presente al momento del conflicto la autoridad indígena, llegan con la denuncia a la fiscalía indígena. Entonces el procedimiento que tomamos en la fiscalía indígena es receptar la denuncia verbal en kichwa en idioma materno y traducida al escrito, inmediatamente se le remite mediante un oficio a la autoridad indígena de la comunidad para que tome conocimiento del caso. En la fiscalía les ayudamos hacer varias dirigencias. Nosotros apoyamos a la autoridad indígena con la práctica de tomar versiones, levantamos un informe médico legal […] mientras tanto el presidente de la comunidad ya se contacta con la fiscalía y pide que ese caso se ha suscitado en la comunidad indígena y van a conocer los mismos comuneros en Asamblea General el caso van a resolver, nosotros a pedido verbal o los dirigentes hacen también una petición de declinación de la competencia al fiscal para que se inhiba de conocer y remita todo lo actuado para que las autoridades continúen con el conocimiento de la causa y resuelvan en base a sus costumbres propias de cada una de las comunidades y hasta ahí llega la participación del fiscal, en caso de la comunidad invita al fiscal lo hacen como invitado de honor, como un testigo más, como un garantista…

¿Cuál fue el papel de la Fiscalía?
Vicente Tibán: La participación de la Fiscalía fue conocer la muerte […] una vez que ya estuvo en manos de la autoridad indígena de La Cocha (el detenido) nos informaron a nosotros, llegaron una comisión de dirigentes de las comunidades de La Cocha y de Guantopolo indicando que ellos van a conocer el caso…

¿Por qué lo hicieron?
Vicente Tibán: Llegaron en la tarde un grupo de dirigentes y señalaron que ellos iban a conocer ese caso. Solicitaban que la fiscalía los acompañe para que ese caso se esclarezca en la comunidad, entonces nosotros como ya teníamos planificado viajar al centro de Zumbahua […] y madrugamos al centro de Zumbahua con la policía y al llegar, ya nos encontramos una gran cantidad de dirigentes indicando que ese caso va a conocer ellos. Ahí se conformó una comisión de 17 dirigentes que estaban ahí, no solo de La Cocha sino de toda la parroquia de Zumbahua [...] hasta ahí llegó mi participación como fiscal puesto que como estaba en conocimiento de las autoridades indígenas no podía ir sobre las comunidades indígenas.

Ellos prácticamente asumieron el caso. Esta es una situación que ha pasado dentro de la comunidad indígena, dentro del territorio indígena y pidieron que nosotros acompañemos. Hasta allí quedó mi participación como fiscal.

Justo ese día nos trasladamos a la comunidad de La Cocha para tomar la versión del que estuvo detenido y dio varios nombres: con quien estuvo y, manifestó que el vio que otras personas habían sacado al difunto del baile. A raíz de esto los dirigentes de la comunidad de Guantopolo de donde son los implicados, dijeron: vamos a Guantopolo y traslademos a la comunidad para que se tome la versión uno por uno. Y, como estábamos en el vehículo de la policía judicial dijeron que preste el vehículo para trasladar a los infractores. Al llegar a Guantopolo nos dimos cuenta de que ellos prácticamente tenían a todos los infractores en la casa comunal […] juntamente con una Comisión de Autoridades; y, los jóvenes no opusieron resistencia y como ya estaban en manos de las autoridades nosotros facilitamos el vehículo para que los trasladen a la comunidad de La Cocha.

¿Sí el hecho ocurrió en otro territorio en Zumbahua, por qué no lo asumieron las autoridades de Zumbahua?
Vicente Tibán: Porque antes de eso existía un conflicto entre dirigentes. Querían juzgarles a los infractores en la misma tierra de los infractores, entonces los familiares dijeron no nos garantiza que los infractores sean juzgados como deben ser juzgados en la propia comunidad y, como el difunto tenía familiares en La Cocha y por eso pidieron a la comunidad de La Cocha para que ayude a resolver ese conflicto.

¿Puedo decir en Quito que mi caso se vaya a Guayaquil?

Vicente Tibán: Porque tradicionalmente es en el territorio del ofendido se resuelven los conflictos. Yo he visto en otros casos cuando ya se llevaron a La Cocha, ya se pusieron al frente todas las brigadas organizadas en la comunidad. El juzgamiento no se hizo en Zumbahua, no se hizo porque no existe comunidad indígena. Es la cabecera parroquial. La víctima no era de Guantopolo, era del Centro de Zumbahua, ahí no hay autoridades; pero, lo pudieron haber hecho, una organización de segundo grado donde si hay autoridades indígenas; pero, me supongo que hubo un debilitamiento…al final decidieron las dos comunidades y vamos a La Cocha, pero conformemos una comisión grande de 17 representantes de la comuna y, ellos eligieron que sea en la comuna de La Cocha y que sea el centro de investigaciones. Regresamos a La Cocha y ya no encontramos a los jóvenes que fueron llevados en carro de la policía judicial, porque ya los ubicaron en varias partes de la comuna La Cocha, para empezar las investigaciones por separado y que no fluya información entre ellos… Había varias comisiones y ahí yo ya no pude participar, ni el presidente sabía nada…

Vicente Tibán: Se reunieron 24 comunidades en la casa parroquial de La Cocha y, le hicieron pasar por orden de lista y comprobando si era o no era dirigente de la comunidad. Y a muchos delegados les pedían que presenten el nombramiento de la comunidad para poder ingresar y comprobaba con

la copia de nombramiento de la comunidad. Ya adentro en la Asamblea Comunal estaban 10 delegados por cada comunidad y más autoridades y vocales de la parroquia, autoridades del movimiento indígena, el jefe de la policía rural de Pujilí, delegados de la CONAIE y ECUARUNARI.

El coordinador de las brigadas presentó el informe de las investigaciones, cuáles fueron los resultados de las investigaciones, presentaron un video.

Yo tomé la palabra como fiscal, les felicité por muchas cosas que habían hecho, pero (manifesté) que hay preocupación por algunos compañeros que habían comentado que hay que eliminar, porque eso no es parte de las sanciones de la justicia indígena y tampoco está prevista en la Constitución Política y podemos estar involucrados en cuestiones penales y damos paso a esa situación. La gente estaba afuera cansada de esperar y empezaron a lanzar piedras, pedazos de tejas, vidrios encima del techo; empezaron a desesperarse la gente, entonces decidieron (los miembros de la Comisión) que al principal que lo acusaban, no lo sacaban por precaución para prevenir porque la gente enardecida puede hacer cualesquiera cosas. Entonces se juzga a cuatro personas y a uno para precautelar su vida fue juzgado en una segunda etapa.…

Ricardo Chaluisa: «(…) hemos decidido que todo el caso se resuelve en la justicia indígena de acuerdo con la Constitución (…) pues nosotros no hemos pedido ni buscado a nadie para estar en este problema, sino que los propios familiares del difunto, así como los familiares de los involucrados y los dirigentes y autoridades de la comuna de Guantopolo y el presidente de la Junta Parroquial de Zumbahua vinieron a dejar en nuestras manos». (Acta, 23 de mayo de 2010. Palabras del presidente de la UNOCIC).

El segundo paso es el deber de adelantar un proceso de investigación previo *tapuy kuna* y que debe cerrarse después de determinar que lo que se investiga y se analiza, permite conocer quien ha transgredido las normas. Estas transgresiones se identifican con el sujeto que se ha desligado del colectivo y ha roto un modo de vivir la vida en comunidad, atropellado un determinado orden que se sostiene gracias a una normativa cuidadosamente transmitida desde que nace un nuevo miembro de la sociedad.

El siguiente paso es juzgar, el *chimbapurana* o sea el contraste de información para determinar inconsistencias o verdades a medias. *Paktachina;* quiere decir se ejecuta la sanción.

La ley debe ser rigurosamente aplicada en su integridad pues sólo así puede mantener su contundencia y su fuerza necesaria para vivir en una sociedad. Es una exigencia que las autoridades deben cumplir; de otro modo, los sujetos no pueden pasar de un estado de enfermedad a otro estado saludable. Siguiendo las normas externas e internas y los procedimientos del derecho propio, las autoridades reconocidas social y formalmente ejercieron su competencia.

Lo que la justicia indígena busca es que el individuo enflaquecido, con una voluntad débil, a través de las recomendaciones pueda salir adelante. Por esta razón se aplican ciertos procedimientos teniendo en cuenta que cada uno de ellos tiene el objetivo particular de producir en el sujeto una sanación.

- *Chiskqui yazca,* que significa el proceso de limpieza o purificación.
- El arrepentimiento y la pedida de perdón público como partes de la ritualidad del ejercicio de esta justicia es muy importante que se den, porque trascienden a toda la comunidad que puede proyectar que, a futuro no habrá muertes o desgracias, porque se ha establecido un orden.
- Desarrollan las autoridades los procedimientos judiciales en diferentes lugares: en la casa o salón comunal, en lugares rituales y sagrados que pueden ser el alto páramo, un río o laguna; en el

encuentro de dos vertientes de agua y en horarios especiales, (particularmente en las noches), dando a todos estos hechos un significado especial a fin de recuperar el equilibrio que fue alterado por un sujeto a varios, en la colectividad.

Alfonso Pilatasi: «el agua (que se utiliza para sanar) viene de distintas partes, pero debe ser un agua de encuentro, encuentro de agua, (es una y) aquí en esta parte el agua viene de los volcanes».

Alfonso Pilatasi: «También se le toma, se le toma y se hace bañar con esta agua y, esta agua tiene que cogerse. No es cualquier agua tampoco; no se puede coger no más de un río simplemente; se consigue de aquí, de los dos lados, de los dos cerros tiene el agua, ese contacto: de los dos cerros».

A Alfonso Pilatasi: «donde se unen los ríos; de ahí se le coge el agua. Cuando ya le coge esa agua, esa es una purificación, es un agua sana, es un agua que da más energía positiva».

Jaime Cuchiparte: «Una persona pelea, viene al cabildo, se investiga a los familiares, a las personas involucradas en el problema, y a los familiares del esposo y de la esposa, se investiga. Ahí se llega a saber quién mismo tiene la culpa. Al que tiene la culpa se castiga (al cuerpo), y al día siguiente por ahí pelea otra pareja. Esa pareja pelea, pero ya no quiere llegar al cabildo y dice: yo aquí en mi casa quiero pedir perdón, internamente con mi papá y con mi mamá que no vea el resto de gente. Quiero pedir perdón; y, si la pareja involucrada pide perdón a la familia, a los padres de los dos y a los familiares, ellos advirtiendo, arreglan, solucionan ese problema internamente, dentro de la casa. En caso de existir segunda vez, voluntariamente los familiares llevan al cabildo»

¿A qué hora se obtiene el agua para sanar?
Ricardo Chaluisa: «Por las noches…. cuidado a las doce de la noche, a la una de la mañana no hay que salir; y, hay algunos martes y viernes y no se tiene que pasar… por ese camino… ojo…. cuidado, no tiene que pasar, y a las horas también existen, y todas esas partes no hay que pasarlas».

A la luz de las formalidades externas a partir de las cuales se reconoce el derecho de los pueblos indígenas, a administrar justicia y sobre todo teniendo en cuenta que lo que estos grupos reclaman es la posibilidad de mantener prácticas culturales diversas a las de la mayoría de la población del Estado del que hacen parte, este derecho de crear normas según circunstancias y tiempos, (como lo hacen todas las sociedades) y de aplicarlas cobra toda su importancia. En efecto, la teoría sociológica ha mostrado que la vida, la permanencia de un grupo como grupo diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores culturales. Este proceso, a su vez, depende en primer lugar, de la efectividad de las estrategias de socialización primaria y, en segundo lugar, de la efectividad del control social. El momento de la socialización primaria corresponde a los primeros años de vida del individuo y se tiene la perspectiva que la familia y los padrinos logren enseñar a un niño o niña los grandes valores y principios que la colectividad espera que ellos posean y respeten.

José Cuchiparte: «A los pequeños, por ejemplo, mi papá es difunto y el también dirigente era; a los chiquitos, a los pequeños, por ejemplo, en ratos de la merienda, más principal, en la merienda les converso, por ejemplo, haciendo mesa redonda. Cómo son padres llaman a la mesa a toditos como estamos conversando así... ¿Cómo es alcalde? quien es alcalde informan ellos en idioma de nosotros a los chiquitos. A ellos (les dicen) tienen de respetar, a ellos tienen de saludar y nosotros cumplimos eso».

Vicente Tibán (fiscal indígena) Se les enseña que hay tres principios de la Justicia indígena. No ser ocioso, no mentir, no robar y respetar a los mayores. Hacer trabajos desde pequeñito, el no aprender a mentir.

En el tema de la justicia indígena, es público y no se les excluye a los niños. Allí están los niños de las escuelas.

El control social, por otra parte, requiere tanto de la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como de aplicar estas normas para corregir las desviaciones.

Entre las sociedades de occidente, el principal mecanismo de control social lo constituye el conjunto de normas que llamamos «jurídicas», el «derecho», y que distinguimos de las normas morales y los usos sociales; y para la aplicación de estas normas asignamos a un aparato especializado y bien identificado que integra el «sistema judicial». El desarrollo de nuestras prácticas sociales nos ha llevado también a establecer reglas específicas sobre quiénes pueden crear normas jurídicas y cómo pueden hacerlo y a definir quiénes aplican las reglas jurídicas. La realización de estas prácticas es vital para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Esa protección a esa distintividad y a lo propio se da a través de la valoración del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia según sus propias normas y procedimientos.

6.3. Si la Resolución de las Autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi, se apega o no al mandato Constitucional del Art. 171 y al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial

Para responder a esta pregunta es importante estipular dos asuntos: la palabra «resolución» tiene dos significados distintos: uno define la determinación de las autoridades de ejercer su competencia jurisdiccional y, el otro ―con base en su identidad de autoridad― realizan lo que fue determinado por la asamblea que se enuncia al final en un Acta que guarda como memoria escrita el relato de lo sucedido.

a. Sobre la primera acepción de *resolución* en términos de la determinación de hacer lo que se hizo, sí se apega tanto a la legislación internacional como al mandato Constitucional del Artículo 171 y también al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

b. La *resolución* que expresa en el Acta el «espíritu de la comunidad» hace parte del procedimiento establecido y es tomada como una forma «de amarrar el problema». Siempre deben existir testigos y llevar las firmas de quienes son responsables por todo lo que allí se narra. Las autoridades cargan los libros de actas que representan la justicia, o el espíritu de la comunidad (Fernández: 47).

6.4 Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estas son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido

La respuesta a esta pregunta se efectúa a partir de dos reflexiones de fondo: la primera busca informar el significado cultural de las actuaciones de las autoridades indígenas incluidas las sanciones impuestas a los cinco involucrados; la segunda examina los derechos humanos de los pueblos indígenas establecidos en la Declaración de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. Con ambas reflexiones se busca demostrar que los hechos no constituyen violación de los derechos humanos universales.

6.4.1 En esta sociedad el sujeto transgresor es clasificado como un enfermo

La palabra *sanción* según el diccionario significa: corregir, penar, ratificar, amonestar. Aplicar *sanciones* por parte de las autoridades indígenas en primer lugar es una potestad (imperio) que debe cumplir una autoridad con competencia jurisdiccional. Nadie más que ellas, por mandato de la Constitución pueden aplicar sanciones y lo deben hacer siguiendo el debido proceso. Adicionalmente, los procedimientos que se aplican a un sujeto transgresor desde el punto de vista de esa cultura particular son mecanismos determinados, conocidos y experimentados muy enérgicos para restablecer condiciones deseables de existencia individual y social.

Para estas sociedades y de acuerdo con su cultura, solamente un animal como el cerdo *kuchi,* que como animal no sigue reglas de cultura o un sujeto enfermo pueden darle muerte a un comunitario asesinando. Como *enfermo - transgresor* es sujeto de compasión para con él y para con su familia que se avergüenza de no haber logrado prevenir en su pariente la posibilidad de arremeter una acción como esta. A estas personas se las piensa en un estado de enfermedad para hacer semejante acción, y se los clasifica como *flacos;* están en estado de *flaquera* que es identificada esta condición también como *debilidad.* Son estados que puede llegar a vivir un individuo y que como estados pueden superarse para efectivamente seguir normas, para cumplir deberes consigo mismos y con los demás. Están tan vulnerados, tan afectados, tan descaracterizados como humanos, que no han podido resistir hacerle daño a otro.

¿Cómo se piensa una persona que hace daño?

Ricardo Chaluisa: «cuando una persona es bien alcohólica, una persona no hace, no entiende y más alcohólico diariamente, semanalmente; a esa persona le dicen kuchishina, (eso dicen más las mujeres)».

Ricardo Chaluisa: «como puerco, como chancho».

Fabiola Chaluisa: «como chancho vives».

Jaime Cuchiparte: «como el chancho que se toma el agua sucia…. tal como puerco».

José Cuchiparte: «los papacitos antiguamente, por ejemplo, nosotros siempre cuidamos los borreguitos o cualquier tipo de animalito; entonces, si de repente cualquier tipo de animalito a veces se enflaquece, a veces le pasa alguna cosa, entonces a ese animalito ¿a dónde tenemos que llevar? Tenemos que llevar a un camino más ancho, más largo, en donde nosotros tenemos que recoger todo tipo de yerba, todo tipo de plantitas medicinales y con eso tiene que "castigar" a ese animal porque está ya al punto de morirse.

Entonces, me parece que nuestros papacitos en ese entonces, o sea, cogen esa idea, cogen ese conocimiento y aplican también a nosotros. Entonces la agüita, simple y llanamente es la purificación, nos hacen bañar así mismo con diferentes tipos de plantitas».

¿Cómo se piensa una persona que está enferma?

Ricardo Chaluisa: «lazipa». Se dice lazipa; se dice cuando está hecho flaco, eso suena la lazipa, lazipa o chiki […] «el chiki, lazipa y el chiki. Por ejemplo, hay veces en una pareja o una vecindad que pelean; que están medio mal. En ese momento no hay que topar con los animalitos, no hay que juntar con los animalitos, cuando les juntan con los animalitos, esa energía negativa pasa donde los animalitos entonces ahí lo enferma a los animalitos, ahí es lo que le acabo de mencionar: hay los remedios caseros, los remedios caseros ya de diferentes plantas nativas que existen en la ciencia, en la sabiduría de nuestros ancestros».

La justicia en esta sociedad está relacionada directamente con el concepto de enfermedad o del *sujeto enflaquecido* que sí puede pasar a un estado saludable mediante determinados procedimientos que son rituales. Se puede advertir el carácter sagrado del sistema jurídico en el ámbito de la justicia por su estrecho vínculo al mundo ritual, religioso y a su imbricación con el pasado profundo. Quienes como miembros de una sociedad y como autoridades saben que es estar *sano*, estar bien, ser un indígena que cumple los deberes comunales dentro de su sociedad, contrario de estar *flaco* y cuál es el deber para ayudar a un enfermo de *flacura,* de *debilidad,* a no morir, o a no mantenerse en estado crónico,

poniéndose en peligro y además representando peligro para otros, se le aplican procedimientos muy fuertes para que se fortalezca, para que supere la fragilidad manifiesta al no haber podido seguir las normas de convivencia. A estos se les aplican unas *determinadas fórmulas* ya que las autoridades han recibido de los propios familiares de la víctima y de los victimarios la solicitud *rogada* de actuar (como ya se ha expresado como parte del debido proceso), frente a la dramática situación en la que se encuentran no solamente estos jóvenes, sino todos los miembros de la comunidad.

Es cultural para estas comunidades identificar a un sujeto trasgresor, a un sujeto que ha caído en una situación de enfermedad (mal, dolencia) como para haber podido actuar en contravía de los principios: no seas ladrón, no seas mentiroso, no seas flojo y no seas asesino, que son los principios que deben respetarse.

Para dar salida a esa situación de enfermedad hay dos medidas: una es afectar o tratar el cuerpo del individuo, es decir aplicar medidas de orden físico, mediante acciones como ponerlo a caminar entre las piedras descalzo, darle un baño con agua fría, tocar el cuerpo con un tipo de ortiga (seleccionada de entre 18 variedades distintas), ser colgado, recibir fuete, andar desnudo; y la otra, es de control social por parte de una comunidad vigilante que se compromete a observar permanentemente en función de supervisar si se ha sanado, lo cual significa que trabaja y atiende sus deberes. Contribuye así la comunidad a prevenir su recaída, su desvío.

6.4.2 ¿Se vulneran los derechos humanos?

Ver en estos procedimientos que efectivamente, pueden ser dolorosos y penosos vulneración a los derechos humanos, es como determinar que también hay desafuero, atropello o ilegalidad en la aplicación de choques eléctricos por parte de los médicos para que un enfermo psiquiátrico salga de un evento traumático o, en la aplicación de la quimioterapia para enfermos de cáncer.

A fin de argumentar de la mejor manera posible la congruencia sobre lo que hace este pueblo indígena, como justicia y su relación con la salud individual y social se presentan las reflexiones etnográficas previas que sobre estos temas han realizado investigadores connotados que, efectivamente, demuestran esa otra cultura que es «tradicional» incaica y que está totalmente vigente.

Resulta muy apropiado traer los resultados de estas investigaciones puesto que son datos que no estuvieron relacionados con un conflicto cultural y normativo como el que se está examinando.

Me propongo en esta parte adentrarme de modo significativo en el tema. Presentar el contenido cultural, necesario para comprender el modo como en esta justicia se piensa y se actúa frente a un sujeto «transgresor».

Salud, enfermedad y justicia indígena kichwa de la Sierra Ecuatoriana
El tema de la salud y enfermedad, y su relación con la justicia ha sido objeto de reflexión en diferentes sociedades europeas como americanas. Conocer esta relación permite descubrir la estrecha relación que existe entre ellos. A finales de la edad media en Europa, por ejemplo, la religión católica estaba estrictamente unida a las prácticas médicas. Estas se desarrollaban en monasterios, y su finalidad, más que curar el cuerpo, era curar el espíritu que se encontraba encarcelado en esa armadura material, buscando su preparación para que ese cuerpo pudiera vivir bien junto a Dios. Existían tratamientos que limpiaban el cuerpo y el alma, uno de ellos era el baño con agua, «*considerado un acto saludable, siendo muy estimadas las aguas con propiedades curativas y fuentes medicinales*» (García, 1987:1936).

Posteriormente, el Santo Oficio o Inquisición se aprovechó del conocimiento sobre algunos tratamientos aplicados por los médicos, para sanar al individuo enfermo. En los juicios en contra de los herejes, por ejemplo, se utilizaba *«el aislamiento social»,* o *«llevar durante unos pasos un hierro candente (...)* (García, 1987:135; 138). Se buscaba que la parte material y sensible de lo humano: el cuerpo, asociado con el pecado, logrará el perdón de Dios y por ende la sanación (Araya: 2001:358).

En los Andes entre los Incas la situación no era diferente y la salud y enfermedad estaban relacionadas con espíritus de las montañas, como el Sol, la Luna, entre otros. Algunos tratamientos entre los Incas presentaban similitudes con los europeos. En el libro sobre la Historia de la Medicina de Alberto García (1987) se encuentran algunos procedimientos con fines curativos, que fueron utilizados por la Civilización Inca: el baño en el río, ya que «el agua era el principio sanador fundamental», el empleo de «hierbas y plantas» (García, 1987:36-7). Estos tratamientos también eran impuestos a quienes violentan el orden social. En los dos casos: europeo e incaico, los diferentes tratamientos se aplican para curar, para sanar a la persona mediante acciones orientadas a «castigar el cuerpo».

En este sentido, estas prácticas para incidir en cambios de la enfermedad a la salud hacen parte de los sistemas jurídicos de origen incaico. Se han mantenido en comunidades kichwa, para restablecer ese sentido de salud y armonía en todos los pobladores, cuando alguna persona la ha quebrantado, mientras que en otras se han conservado para los procesos de juzgamiento en las distintas localidades (Egas, 2005: 58).

Contrario de lo que se piensa sobre el azote o fuete como procedencia española, el historiador Segundo Moreno Yánez muestra con una citación de la «Nueva Crónica y Buen Gobierno» sobre los castigos del Inca (1615):

[...] a los perezosos y sucios les «castigaba cien azotes con una uaraca y toda la suciedad [.] les dava a vever a él mismo o a ella por castigo». A los ladrones se les aplicaba pena de muerte; a los mentirosos se les castigaba con «azotes que llamaban uauquin songo, tejido como cordón y de cabuya. [.] Con ello le davan veynte asotes que les acava las entrañas».
Salud, enfermedad y justicia indígena en Zumbahua.

Es posible explicar con mayor profundidad el tema de salud y enfermedad y su relación con el ejercicio de la justicia indígena, tres hechos articuladores de las relaciones que se cimientan entre las personas consigo mismas, con el otro y con el orden social que son atribuidas de significaciones, interpretaciones y explicaciones, influidas por la cultura (Suárez, 2001; Bustos, 2000). Para ello nos basamos en un trabajo realizado por Carmen Hess (1994) sobre antropología médica en la parroquia de Zumbahua, provincia de Cotopaxi (Ecuador), donde la población es mayoritariamente indígena kichwa hablante.

En el caso de la justicia indígena y la enfermedad, la etiología se encuentra en el estilo de vida inaceptable, es decir del que se ha salido del ideal social y moral de la comunidad y al cual hay que rehacer. Este estilo de vida apreciado como *«mala vida»*, a su vez es considerado *«causa de las enfermedades y desgracias, tanto en humanos como en animales (...) Los indígenas relacionan la presencia de enfermedades y desgracias causalmente con los fracasos individuales»* (Hess, 1994: 47) que exigen ser explicados y curados.

En este sentido, que uno o varios sujetos hayan adoptado un estilo de vida inaceptable como puede ser: robar, maltratar a la esposa, violar o incluso matar, es considerado como un suceso resultado de que una persona está en desgracia (enferma) y necesita una curación. Para ello existe una práctica de manera habitual, un rito, que no viene de la casualidad, sino que es un proceso que va en busca de la

salud mediante la sanación de la enfermedad. Es así como estas enfermedades, son interpretadas en esta sociedad desde un *«sistema de significación moral y social»* (Hess, 1994: 49); y, los conceptos médicos y jurídicos indígenas reflejan la cosmovisión como parte de un determinado sistema.

Por lo tanto, estas enfermedades engendradas por «la mala vida» son origen del sufrimiento de la persona, de su familia y de la comunidad, y cuando no pueden ser tratadas en el círculo familiar, salen a un contexto social más amplio (Asamblea General). De esta forma, se consiente el tratamiento del enfermo y de sus enfermedades, por ejemplo: el uso del agua fría para tratar el desequilibrio entre frío/caliente, que ha producido la enfermedad de una persona. De igual manera, para curar el «*mancharishca*» o espanto, el «*huairashca*» o mal viento, o el «*urcu japishca*» o cogida del cerro, se utiliza ciertas plantas consideradas medicinales como: el culantro, la ruda, el runa-clavel, la Santa María, caballo-chupa, eucalipto, chilca, tetera, hierbabuena; estos mismo tratamientos son utilizados para curar la mala suerte o «*chiqui*» que es un mal autoprovocado, enfermedad que se puede producir por peleas con el cónyuge, los familiares, vecinos, vagancia, alcoholismo, adulterio, entre otros; es así, que el uso de las hierbas medicinales, baño en la cascada o río helado, el trabajo comunal, son útiles para que la persona pueda llevar *«una vida apropiada»* (Hess, 1994: 54-63), y en este mismo sentido son utilizados por el sistema de justicia de estos pueblos.

Por consiguiente, las sanciones que la asamblea o las autoridades indígenas imponen a sus pobladores buscan sanar al individuo, que retorne a una forma de vida apropiada y fortalezca el espíritu individual, familiar y colectivo que fue debilitado por sus actitudes y conductas inmorales (Kroeger, 1996: 494).

Con respecto al dolor que sienten en ese momento por el hortigamiento o el fuetazo, es transitorio, pero como al niño, «*son experiencias formativas, que no afectan mayormente las relaciones sociales, más bien despiertan la solidaridad y la protección de los otros. Son pequeños signos que, incluso, refuerzan el sentimiento del valor personal*» (Bustos, 2000: 109), y cuando el individuo sufre, lo hace también la comunidad entera, ya que encarna una estructura simbólica.

En relación con el azote o fuete, constituyen un complemento en estos procesos de justicia preventiva y curativa, y no son aplicados indiscriminadamente; de esta manera mantienen comunitariamente el fin de la aplicación de su justicia que es recobrar la paz y armonía.

Relacionado a *los argumentos para considerar la utilidad o no de los azotes, no provienen de principios morales, sino de una reflexión política profunda* donde toda una Asamblea General decide de acuerdo con la gravedad de lo cometido. De esta forma, y como lo señala Alejandra Araya: *«En una nación honrada y pundonorosa (...), toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distinción en el modo de imponer (...), puede producir muy saludables efectos»* (2001: 355-6).

La mayoría de estas comunidades ejercen una justicia que la han venido practicando antes, durante y después del periodo colonial. A lo largo del coloniaje los españoles permitieron que los caciques indígenas denominados Alcaldes ejercerán funciones en sus territorios, tales como: solucionar problemas de tierras, ganado, daños en vivienda y sementeras; cobro de tributos, asistencia de sus comunidades a la iglesia; reclutamiento de indígenas para los trabajos en mitas, obrajes, batanes; reglamentación de las penas y de la escuela; distribución de aguas y construcción de caminos en el interior del territorio (Osorio, 2002: 10); sobre las penas que se les permitía ejercer se encontraban: los azotes, el trasquilamiento y el encierro (Bonnett, 1992: 50).

Las sanciones eran las siguientes: primera vez: azotado, trasquilado y servir por año y medio a la persona que lo acusó o lo miró borracho. Si es alcalde, cacique principal, alguacil y gobernador, las

siguientes penas: primera vez: azotes, segunda: trasquilada y un año de suspensión de su oficio, tercero: suspensión del oficio para toda la vida y servicio por un año en un monasterio; o, se lo dejaba en manos de su cacique para que lo utilizara en servicios personales (AHCM/Q-CS, 1594: cap. 92, pp. 41-42).

Para finalizar, nos encontramos ante una justicia preventiva y curativa, es decir, ligada a los conceptos de salud y enfermedad, donde se hace uso adecuado de los elementos de origen natural, para que el individuo que cometió una transgresión o falta y tiene una vida inaceptable, retorne a la vida buena, en comunidad. Por ello su justicia es breve y sumaria.

Estos sistemas jurídicos reflejan la cosmovisión y el sistema moral y social de las comunidades indígenas *kichwa* de la sierra ecuatoriana. Desafortunadamente en el marco de una política de reconocimiento la justicia que han venido ejerciendo, en estos últimos cuatro siglos se ha desarrollado en *«relación de subordinación»* (Hoekema, 2002: 67).

Las autoridades indígenas de La Cocha que aceptan por solicitud de los propios familiares hacen estos procedimientos, porque ellos con base en un interrogatorio pueden llegar a saber, a conocer lo que les está pasando a estas personas y pueden determinar su remedio deben éticamente actuar, es decir, hacer lo que les corresponde hacer. Como expresión de una *identidad* a la que van aparejadas funciones, la obligación de ejercitarlas ante las personas y comunidades que han depositado en ellas confianza, las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional no puede compadecerse, es decir *autoidentificarse* con el dolor o sufrimiento que trae la aplicación de los correctivos, al punto que no actúen como deben actuar, ya que su talante les obliga a ser rigurosos en el cumplimiento cabal de lo establecido normativamente y que la asamblea espera que se cumpla. Al cumplir debidamente sus funciones fortalece su identidad de autoridad y muestra eficacia en lo que se espera de él, pues de lo contrario se implementaría un mundo de barbarie.

6.4.3 Eficacia de la Justicia Indígena

Por encontrar de suma importancia el informe del Relator Especial Phillip Alston, el documento del 15 de julio permite mostrar sociológicamente la eficacia de la justicia indígena que, como en el caso del Cotopaxi, con su parroquia Zumbahua, donde se encuentran 24 comunas jurídicas. Desde 1995 se han presentado solo tres (3) casos de asesinato lo cual muestra la eficacia del derecho propio que contrasta significativamente con los datos sobre el Ecuador expuestos en el documento.

Los elementos constitutivos de la justicia indígena son la sanción moral, social y jurídica. Según Bobbio (*Ibid*.:106-108) una norma moral es aquella cuya sanción es puramente interior. Es un sentimiento desagradable ante la trasgresión de una norma cuya consecuencia es un desbarajuste en la conciencia o lo que entenderíamos por «remordimiento», arrepentimiento o, en sus propios términos «sentimiento de culpa». En el derecho indígena, la comunidad se une para hacer sentir al transgresor culpable, tan culpable que lo lleve en primer lugar al reconocimiento de su falta y, en segundo lugar, a su arrepentimiento. En este sentido, debe responder no solo ante la propia conciencia, sino que debe confesar (decir la verdad) ante un colectivo que exige arrepentimiento y reconocimiento de la culpa. Este fenómeno es el que ocurre en la justicia indígena, pues además de buscar que el individuo responda ante su propia conciencia, se busca que manifieste ante los demás lo que significa como procedimiento que entra en la esfera puramente normativa o jurídica. Otro asunto importante y relacionado para los indígenas de estas comunidades, es que, los medios que son dolorosos están orientados a dar poder al individuo débil para que pueda resistir violar las normas, de tal manera que se logra «el arreglo jurídico» entre el individuo y la comunidad.

Prácticamente podemos advertir que la participación de la comunidad junto a sus autoridades o dirigentes es una forma de sanción social colectivamente ejecutada y respaldada socialmente. Esta sanción moral pública, expresa en que la comunidad se entere, se den los insultos, el encierro, el menoscabo del honor personal y el de la familia, entre otros, consideradas sanciones jurídicas que demandan el reconocimiento de la falta y el arrepentimiento que deben ser expresados ya sea con conducta recatada y a través de expresiones gestuales, corporales o a viva voz. La justicia indígena actúa para equilibrar de nuevo y para estabilizar las relaciones, para lo cual el sujeto, las autoridades y la comunidad deben interactuar de manera muy cercana. Por lo anterior, aunque hay sanciones pecuniarias se prefiere aplicar las medidas que permitan al enfermo o infractor, la posibilidad de pasar a un estado de salud, para recuperar u obtener la fuerza necesaria para convertirse en un sujeto de bien, posibilidad que toda persona siempre tiene.

¿Por qué se paga dinero a los dirigentes de La Cocha?

Vicente Tibán: A mí no me consta, pero me dicen que han pedido para los gastos de alimentación y gastos que se han utilizado en el proceso en darles de comer a los detenidos, entonces los costos son para cubrir esos gastos. Alimentación y transporte.

¿En la justicia indígena se cobra por ese servicio?

Vicente Tibán: No, no se cobra […] los costos son más para cubrir gasto. Me dijeron que han hecho pagar una multa, en las comunidades cobran multas de 300 hasta 500 dólares que vayan en beneficio social y la gente controla que se cumpla, y eso sirve para obras para las comunidades y en algunas comunidades presentan el acta con la proforma de lo que han comprado ollas, platas, escritorios, sillas para que se sienta la gente, cosas que sean en beneficio para todas las comunidades. Decir que las autoridades cobran como una dieta, no, no es concebido así.

Increpar, censurar y estigmatizar públicamente estos procedimientos para ayudar a sanar a sujetos transgresores, es confundir principios y procedimientos, que se utilizan coherentemente en una sociedad, con gran respeto por el ser humano, de manera pública y que cumple efectivamente como prevención y protección.

6.4.4 Las críticas externas

Estas medidas sentadas en principios y referentes culturales muy precisos, que se realizan internamente en las comunidades sujeto de este peritaje, al salir de su contexto sociocultural suscitan entre los ciudadanos del común, los representantes del poder ejecutivo, legislativo y judicial, infinidad de comentarios y críticas por ser identificadas como acciones contra derechos humanos.

Se identifican hasta hoy, a las medidas sanatorias y a quienes las aplican, como expresión de irracionalidad, como la manifestación más clara de una «masa enardecida y descontrolada» de un colectivo que no piensa y que se deja llevar por la subjetividad y la espontaneidad, afirmando una superioridad social y de atributos culturales indiscutibles para los sectores no indígenas, mientras que la barbarie y el salvajismo son asociados con los indígenas. Son sinónimos de barbarie y salvajismo: «incultura», «fiereza», «bestialidad», «brutalidad», es decir, se identifica a los indígenas con la animalidad y no con lo plenamente humano.

Se subvalora también a la Asamblea Comunal que actúa como una auténtica institución con competencia jurisdiccional puesto que tiene reglas de conducta establecidas y conocidas por toda la población y una estructura perfectamente autorizada para ejercer autoridad. Esta estructura se rige por: *1)* una organización fundada en principios y reglas, *2)* orientada a fines preestablecidos y en coherencia con los medios.

El sistema jurídico nacional que ve en estos pueblos y en la aplicación de su justicia algo improcedente, rechazable, y que ha sustentado su superioridad bajo esta matriz de ideas, se asume por ello mismo, como el único referente de normatividad válido y superior, teniendo como base la normatividad europea, el modelo colonial. Lo problemático hoy, es que continúa siendo el principal factor estructurante del *derecho* en Ecuador, a pesar de la firma de tratados internacionales y de una nueva Constitución que reconocen y valoran la existencia de otros derechos propios indígenas, que por ende son diferentes e incomparables. Esta incoherencia real, quizás por desconocimiento del significado profundo que implica que internacionalmente y nacionalmente se reconozca un pluralismo jurídico de tipo igualitario que, efectivamente tiene que superar la visión inferiorizada de las expresiones indígenas por ser inconstitucional, coloca a las nacionalidades, a las autoridades indígenas y a sus derechos propios en un estado de ilegitimidad e indefensión que debería estar superado, por ser totalmente contrario a la normativa vigente.

Vicente Tibán: El fiscal general dijo: no, las comunidades indígenas tienen facultades para resolver cosas pequeñitas, contravenciones y no delitos y, ¿quién ha dado facultad a las comunidades para que resuelvan eso? Ellos han cometido errores., así me dijo. Eso dijo.

Yo argumente que las comunidades tienen su derecho propio, sus costumbres propias, su derecho propio y han resuelto, no es la primera vez que lo han hecho. […]

Hubo una contradicción entre el discurso del fiscal general y el discurso mío, y entonces me pidió la renuncia y entonces dijo: así no podemos trabajar…Y yo tampoco puedo someterme a lo que dice el Estado en contra de los derechos de las comunidades indígenas. Entonces me dijo el fiscal: Tibán ha estado vendido a las comunidades indígenas y pidió inmediatamente que yo mismo conozca, que se abra una investigación fiscal, indagación en contra de todos los dirigentes que aplicaron la justicia indígena y eran 24 comunidades. Yo, ¿cómo podía prestarme… ¿Ir en contra de todos mis principios, conocedor del derecho indígena, empezar a perseguir a los compañeros, a las autoridades indígenas que participaron en la resolución de este conflicto? Entonces, yo tuve que poner la renuncia, a raíz de ese caso y claro, los dirigentes indígenas, después de ocho días de que yo salí, ―no, el día que yo ya estaba entregando las cosas― en la mañana, ya les cogieron presos a los dirigentes indígenas, directamente de Quito, empezaron una investigación. Y, les cogieron presos, a tres compañeros: al presidente, a la secretaría y al tesorero.

Funcionan dos lógicas sentadas sobre el desentendimiento del mundo indígena que se resiste étnica y culturalmente a aceptar procesos de homogeneización cultural y el sistema judicial nacional que, con base en el derecho positivo estatal, persiste en imponer a los sistemas jurídicos propios indígenas los elementos de una normativa estatal bajo la perspectiva de un pluralismo jurídico de tipo unitario, que acepta lo «otro» en tanto le sea igual a lo propio.

Es posible deducir de la información que el caso ofrece (ver cuadro sobre información periodística) que existe un contexto donde impera el racismo. Wieviorka, reflexiona la relación de la violencia y de la política y sostiene que se torna «relativamente instrumental» para mantener un orden social que implica una dominación expresada en términos raciales. La violencia, en este caso, no busca destruir o excluir totalmente al grupo al que afecta, sino que intenta inferiorizar (2002: 61 en Fernández, p. 37).

Wieviorka, (2002:8 en Fernández: 35) habla de nuevos significados de racismo institucional, de racismo cultural y simbólico, que se expresan en actos de *violencia* (episodios con el objeto de causar daño a ese otro distinto), de discriminación (el otro y lo otro no es igual y por ello no vale) y de exclusión (no lo tomo en cuenta). El concepto de racismo legal, es una variable del fenómeno del racismo institucional, que está un tanto oculto, pero que sus efectos son tangibles cuando se desacredita públicamente a las personas y sociedades indígenas.

Esta práctica denominada etnocidio busca que, mediante mensajes verbales y actitudinales, los indígenas hagan suya la espuria convicción, de que, para poder ser aceptados y no estigmatizados, deben dejar de ser ellos, si es un hecho contra los Derechos Humanos.

El respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas supone por parte de las instituciones del Estado y de todos los nacionales, la aceptación de la diferencia, y con ella el respeto al pluralismo jurídico, a la existencia de sistemas jurídicos, reconocidos formalmente por la Constitución. Esta aceptación y respeto que se da a nivel de postulados y que debe ser concretada en comportamientos, en resultados, continúa siendo un proceso signado por la homogeneidad y no por la diferencia en las relaciones entre sociedades. Por otra parte, las ideas que circulan institucionalmente siguen orientadas hacia la descaracterización cultural de los indígenas a pesar de la retórica pluralista que han hecho suya tanto la institucionalidad del Estado como otros sectores sociales. Estas construcciones pueden denominarse coloniales y neocoloniales porque persisten y se aplican las ideas, los modos de relacionamiento que existían en el siglo XVIII y no solo porque permanecen en la sociedad en general y en las políticas públicas, sino también, porque desafortunadamente han sido «honradas» por miembros de los pueblos indígenas que han llegado a hacer suyos los estigmas adjudicados a la condición indígena.

A pesar de las formalidades normativas, de una búsqueda para la realización práctica del respeto a la diversidad cultural, las alocuciones públicas mantienen un núcleo etnocéntrico y representan otro medio de acción para la homogeneización contrariando los derroteros obligatorios que debe un Estado implementar contra el racismo. No son expresiones de un marco democrático, respetuoso de la diversidad y hay efectivamente contenidos que expresan inferiorización de lo indígena. Los planteamientos realizados públicamente forman parte de esta doctrina que alienta la desigualdad social y política de los pueblos indígenas y es demostrable que contraría no sólo al espíritu Constitucional, sino a las Declaraciones Convenios contra el racismo, suscritas por Ecuador.

Para nadie es desconocido que el derecho como la ley es una construcción histórica, resultado de la agencia humana, y en ese sentido está sujeto a las lógicas de la historia y del poder. Siendo así el derecho se constituye en términos de Bourdieu en un «campo» privilegiado de maniobrabilidad: de inclusión o exclusión, de legitimidad-ilegitimidad, de legalidad-ilegalidad. En sociedades heterogéneas como Ecuador, la discriminación jurídica, la utilización de la ley contra el indígena, es una manifestación de colonialismo interno, de tensiones entre lo estatal hegemónico frente a lo contrahegemónico.

Indudablemente lo que se expresa en la prensa (ver Anexo) explícita la persistencia de una parte de la sociedad que se rige por patrones coloniales. La corona ordenaba como se ha hecho hoy, averiguar sobre los usos y costumbres de los naturales, fundamentalmente sobre su «legislación civil y criminal» y también, sobre las «autoridades judiciales». Sin duda se trataba de un interés netamente pragmático ya que solo conociendo sus formas de administrar justicia se podía tener un mejor control sobre la población, lo cual se efectivizó con la reforma de Toledo a través de la creación de las repúblicas de indios y de españoles. Acosta, 1954; Matienzo (1577) (1967); Solórzano Pereira (1647) (1947) Cieza de León (1543) (1986); Guamán Poma de Ayala (1602) (1992). Gonzáles Casanova, (1970:43-44).

En este contexto vale la pena preguntarse si se puede hablar de coexistencia basada en el respeto a los sistemas jurídicos, de un pluralismo jurídico igualitario y de la autonomía jurisdiccional. Por la manera como se encuentra estructurada la normatividad vigente los derechos propios de los pueblos indígenas, no se hallan supeditados al derecho positivo estatal en condiciones desiguales o de marginalidad. Pero, desde una visión racista y etnocéntrica contraria a los principios Constitucionales que rigen al Ecuador ya los derechos humanos de los pueblos indígenas, se plantea que las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional sólo podrán tener atribuciones sobre casos de mínima cuantía y no precisamente poseer jurisdicción sobre delitos o casos mayores. Si la Constitución reconoce la multinacionalidad y la potestad para que las autoridades indígenas hagan justicia, no puede aceptarse expresiones y comportamientos, como si solamente existiera en la nación un sistema de derecho y una única cultura, por la cual todos los ecuatorianos debían regirse.

Ricardo Chaluisa: *«a nivel de las catorce nacionalidades y dieciocho pueblos dialécticamente somos muy distintos a su entender, a su capacidad de lo que nosotros vivimos»*

Ricardo Chaluisa: *lo que me acaban de decir ―me perdona― el artículo 1 dice: elementos constitutivos del Estado capítulo primero principios fundamentales artículo uno el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia democrático, soberano independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna en manera descentralizada…Entonces aquí tenemos claramente que es lo que tiene que decir intercultural y plurinacional, entonces ¿quién tiene que hacerlo? Entonces en eso se basa, y luego viene el artículo 57 que lo reza también otro el artículo 57 está dentro del artículo 57 de los derechos de la comunidades y pueblos y nacionalidades está en literal 10 claramente reza: Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio y que no podrá vulnerar derechos Constitucionales en particular de las mujeres niños y adolescentes… entonces nosotros frente a eso hemos estado con la Constitución y le reza también en el artículo 171, antes del 171 está el artículo 77 me imagino que es lo que nosotros tenemos en tres principios filosóficos los tres principios filosóficos está «Ama llulla, Ama quilla, Ama shua»*

En síntesis, el derecho indígena ha sido observado, examinado y tratado desde el derecho positivo partiendo de sus conceptos y no de los referentes propios de estos derechos distintos. De esta manera, por ejemplo, se privilegia la supremacía absoluta de los derechos del sujeto individual sobre el sujeto colectivo de derecho: los pueblos y comunidades indígenas; deja de lado temáticas como el significado profundo que juega la comunidad; el significado de la sanción moral, de la justicia centrada en la reintegración de la persona a la sociedad comunitaria, de la responsabilidad de apoyar a un transgresor al pensarlo como sujeto enfermo. Estas prácticas, producto de concepciones sobre cientos de elementos que son pensados y vividos de otra manera completamente diferente, contrastan con el sacar a la persona del nosotros, como única forma de tratar sus problemas y colocarla en una cárcel, por ejemplo. Lo más significativo es que el derecho propio indígena no se ve en el marco de un derecho igual, sino de un derecho sujeto de control, vigilancia e intervención. El Estado se presenta como la única fuente de creación de normas en un acto de monopolización de la producción jurídica (Bobbio 1979:9), contrario al principio de pluralismo jurídico.

6.5 Si estas (sanciones impuestas) son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido

En el documento del Relator Especial Phillip aparece que: «las declaraciones de algunas autoridades en cuanto a que la justicia indígena es "salvaje", y el hecho de que la confundan con los linchamientos, no contribuyen en absoluto al diálogo que se debe entablar para continuar con el desarrollo de las normas que rigen la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria» (pp: 6-7).

6.5.1 Tensión entre el principio de diversidad y los derechos humanos

Este conflicto se presenta, toda vez que mientras el principio de diversidad persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e incluso contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que, como propósito, busca la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, este conflicto entre principios, derechos y valores -que representa un parámetro y un interrogante para definir límites, no exime al Estado de su deber de proteger los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanos individuales y de reconocer en los pueblos, como sujetos colectivos de derecho, las diferencias y necesidades particulares que surgen de la configuración de un pueblo indígena o de la pertenencia de personas a pueblos culturales específicos.

6.5.2 Autoridades no indígenas certifican que no se violaron los derechos humanos

En las entrevistas realizadas a dos actores muy importantes en el caso, por ser autoridades de instituciones cuya misión es precisamente proteger derechos de los ciudadanos, manifestaron enfáticamente que el proceso para juzgar y sancionar a los indígenas transgresores se había realizado siguiendo los principios y procedimientos del derecho propio y por ende de la justicia indígena. Estas dos autoridades, el fiscal indígena Vicente Tiban desde 2008 (Toda la entrevista se encuentra en el CD entregado a la Corte) y el abogado Jaime Olivo Pallo, abogado de la Defensoría del Pueblo, además de ser abogados como requisito indispensable para ocupar tal dignidad, son indígenas pertenecientes a esta nacionalidad y estaban designados a prestar su función en esa localidad precisamente.

Como hermano del difunto el abogado Jaime Olivo Pallo y pese a que cuatro hermanos (que no han estado cerca de la comunidad) de seis, no estaban de acuerdo en que fueran las autoridades indígenas las que tuvieran la competencia, se tomó la decisión argumentando que efectivamente, eran las autoridades indígenas el juez natural. Él es uno de los familiares que rogaron hacer justicia. (Toda la entrevista se encuentra en el CD entregado a la Corte).

Tanto en las entrevistas, como en lo expuesto por la prensa es claro que ellos que conocen bien su cultura y dentro de ésta el derecho propio y, además, el derecho positivo que estudiaron manifiesta que se respetaron los derechos humanos. El énfasis dado de que se respetaron los derechos humanos no solamente hace relación a la visión de los derechos humanos de occidente, sino también, a los derechos humanos de los pueblos indígenas que están trazados por el Convenio Internacional 169 de la OIT y por la Declaración de Pueblos indígenas de las Naciones Unidas. Estos derechos humanos a la distintividad y a lo propio son los que ellos defienden: son expresión de lo tradicional y enfatizan que no se vulneraron los derechos humanos

Vicente Tiban: Entonces eso es lo que yo he podido participar. Yo siempre he sido respetuoso de las decisiones de las comunidades. Lo que nosotros como funcionarios de Estado, siendo indígenas, estamos es para que las resoluciones de las comunidades no caigan en situación de violación de derechos humanos, que no caigan en situación de linchamientos en la justicia indígena…

¿Usted conoce algún caso de linchamiento?
Vicente Tiban: Si. Claro. En el año 2008.

¿Qué pasó?
Vicente Tiban: Ahí le cogieron a un presunto ladrón. En la Comunidad de Canchagua. Decían que estaba robándose los electrodomésticos del domicilio. Entonces se reunió toda la comunidad, sonaron las alarmas y no era de la comunidad. Era de la costa de la provincia de Manabí. Le

encontraron todas las herramientas, le cogieron, le amarraron y dijeron que van a poner un escarmiento para que no pase en la comunidad de nuevo. Le echaron gasolina y le quemaron vivo. A los compañeros que hicieron eso la justicia ordinaria los busco y sancionó. Tomando ese caso, yo hablé en La Cocha.

¿De cuantos linchamientos conoce usted?
Vicente Tiban: Uno.

¿Cuántos años tiene usted?
Vicente Tiban: 45 años

Esther Sánchez afirma en la entrevista: Un caso en 45 años….

Vicente Tiban: ¡No ha habido más casos!

¿Y esos castigos como meterlo con piedras a la laguna, conoce alguno usted, que por esa práctica se le dé muerte a un transgresor?

Vicente Tiban: No conozco. Acá en Cotopaxi no. Esa costumbre de hacer meter a la laguna con sacos de piedras ahoga. ¿Cómo se va a salvar? El principio de la justicia indígena es rehabilitación y la reinserción del infractor a la comunidad.

¿Alguna vez, conoce algún caso de una autoridad indígena, que su actuación condujera a la muerte, digamos que, por utilizar el agua, o la ortiga?

Vicente Tiban: No. En el caso de un adulterio, la señora, la mujer que había permitido el adulterio… le dio como una especie de desmayo, pero no se murió.

¿Alguna víctima ha sacado su caso a la jurisdicción ordinaria por excesos de la justicia indígena?
Vicente Tibán: No, no conozco a los indígenas.

6.6. Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio

Para responder a esta pregunta se acudió al Código Penal del Ecuador que en su Art. 188, sobre el delito de plagio plantea que se comete este delito: «apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado».

En terreno para responder a esta pregunta se realizaron entrevistas a personas de la comunidad para determinar si el hecho de aceptar las autoridades indígenas el *ruego de los familiares* de los implicados y de recibirlos a ellos bajo su entera responsabilidad, e iniciar el proceso de investigación *tapuikuna* procedimiento que en una etapa se realiza en privado y el de *chimbapurana* careo e interrogatorios a fin de comprobar la verdad de los hechos, que también se hace en privado y posteriormente en público, puede identificarse o equipararse con secuestro, o plagio.

La respuesta es que todos los familiares conocían que los muchachos se encontraban bajo la responsabilidad y cuidado de las autoridades en *reclusión reservada* que como orientación y procedimiento busca proteger a los implicados de delitos, e ilegalidades que puedan darse por parte de familiares de la víctima o de personas comunes de la comunidad, que ven en estos sujetos personas indeseables. Saben las autoridades que deben proteger a los supuestos transgresores de actos de ira e intenso dolor porque están al tanto de que la vigencia de las normas –como respetar la integridad de

los transgresores- puede no ser eficaz. Como autoridades no pueden permitir desafueros que terminen en barbarie. Este precisamente fue el papel cumplido por las autoridades para proteger la vida y la integridad de estos sujetos e imponer el derecho sobre los sentimientos descontrolados de venganza, rabia y dolor que efectivamente se presentaron. Además, ejercer la función de sanción o corrección.

Ricardo Chaluisa: «*detenido, es libertad en nuestros términos. Nadie puede estar solamente (solo) No está guardado en una casa privada, no. Ahí sí puede ir a visitar los familiares, los dirigentes o la comunidad en general, puede ir a visitar siempre y cuando hay un cambio.*

Tenemos una duda... Estos días a compañeros dirigentes, a los compañeros familiares dijimos que vayan que ahí están; menos a los señores policías, menos a los señores que estaban también al rescate que me dijeron; "famosa esa palabra rescate", y menos a la prensa, y eso prohibimos por prevenir».

El derecho propio se asienta en la «posibilidad aceptada por los comunitarios de que se ponga en movimiento un aparato coactivo, para que se cumpla una norma válida, no en virtud de una ley estatuida, sino de un consenso» (Weber, 1979:28, 133, 258). La relación empírica de conformidad con esta definición permite completar el panorama conceptual sobre el derecho indígena en esta sociedad. Esta coacción se encuentra establecida por códigos orales que tienen significados jurídicos: andar camino derecho, no caminar por el atajo... Estos términos apuntan directamente a un particular concepto de orden práctico legal normativo, que tiene un «sentido práctico» (Bourdieu 1991) por voluntad de la sociedad. Dependiendo de la circunstancia, estos principios jurídicos pueden tener mayor o menor intensidad y fuerza, en ciertas situaciones como el proceso de resolución de un conflicto. Estas expresiones no se estructuran únicamente en sus propios referentes culturales y normativos, sino que se entretejen con fórmulas jurídico-estatales tomando todo aquello que les sea útil y compatible de modo que su contenido puede cambiar según el tiempo y el lugar (Fernández: 5).

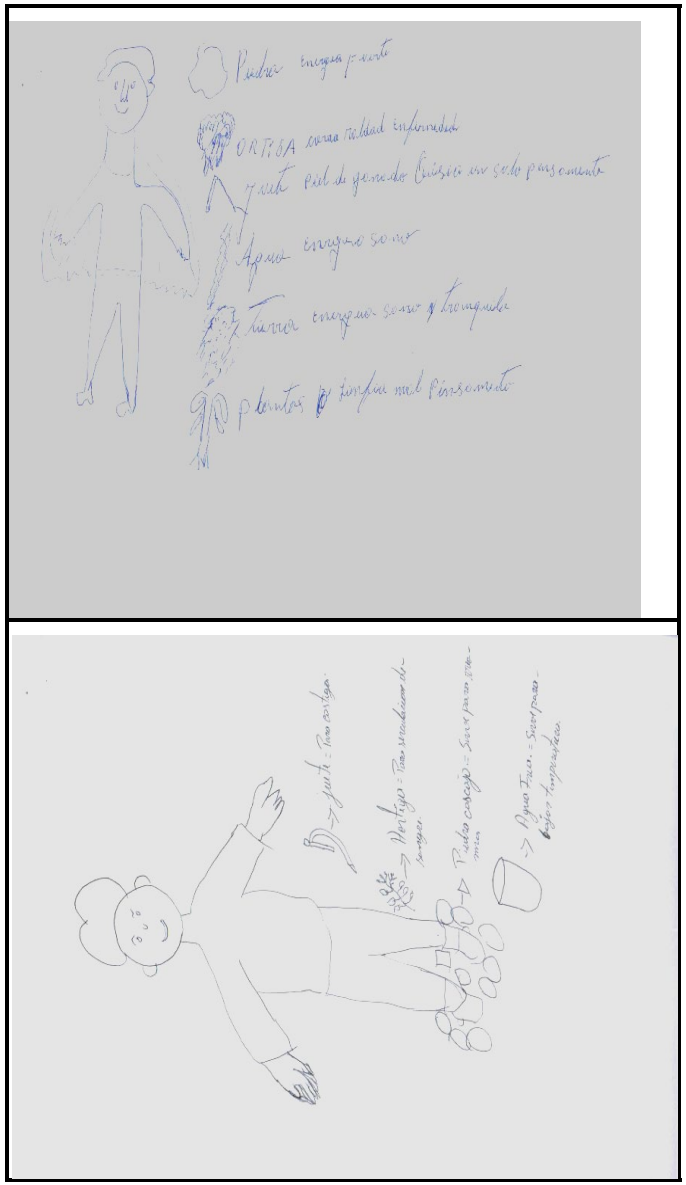
¿Usted estuvo presente al momento de las sanciones?
Vicente Tibán: A los cuatro los tenían en uno de los sectores cercanos al centro de la comunidad de La Cocha y los trajeron haciendo cargar arena, tierra…en unos costales…Cargan con unas fajas; eso amarran y los traen hasta el centro de la comunidad. El hecho de traer y hacer dar la vuelta en la comunidad eso es un castigo de arrepentimiento frente al público que está ahí; no tanto por el hecho de lo que pesa el material, sino por la exhibición que lo hacen pasar en público.

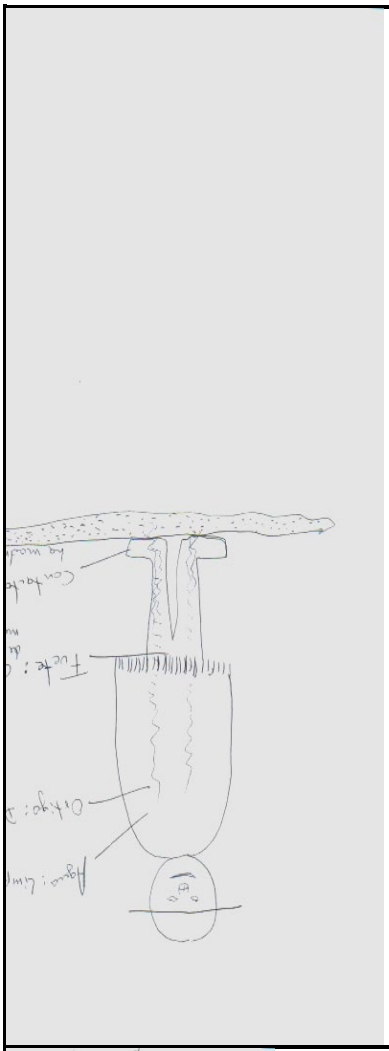
¿Hacían esto en calzoncillos solamente?
Vicente Tibán: Con ropa completa, sin zapatos, pero con medias.

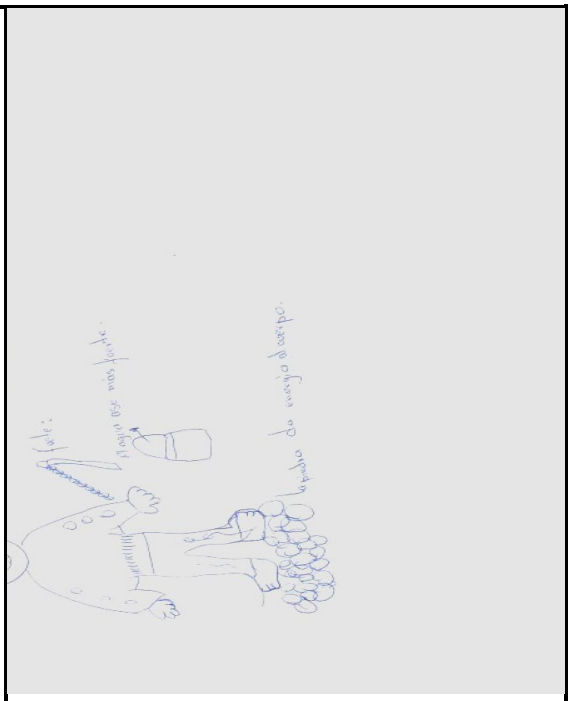
Mediante dibujos realizados por personas de la comunidad, de manera totalmente independiente siete (7) personas adultas mostraron en una figura humana elementos de los procedimientos aplicados.

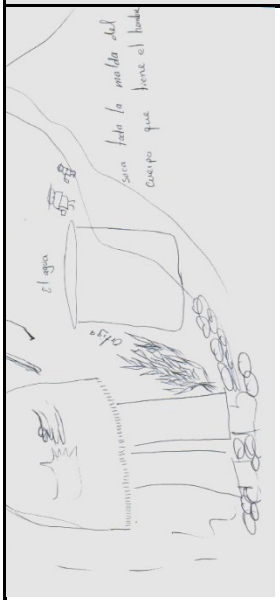
Como puede observarse todos dibujaron hombres, todos con sombrero y poncho y mostraron los elementos utilizados para sanar a los transgresores-enfermos.

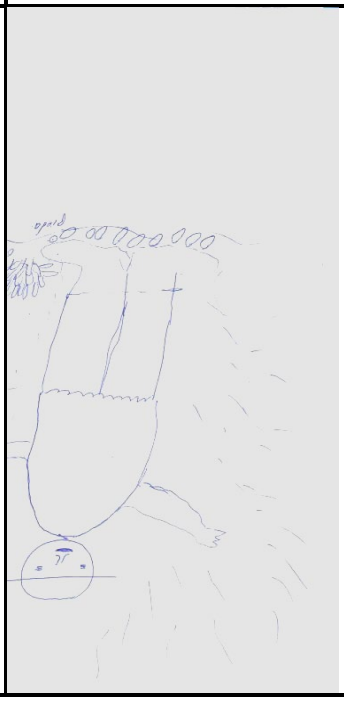
En uno de los dibujos aparece la frase «*Algún rato será dirigente para dar ejemplo a los demás»* que es realmente muy diciente como interiorización de lo que es el objetivo en esta sociedad: convertir a los transgresores-enfermos, en sujetos de bien y en ejemplo para la comunidad. El ritual de este proceso físico y comunitario debe lograr ayudar a la persona efectivamente a cambiar.

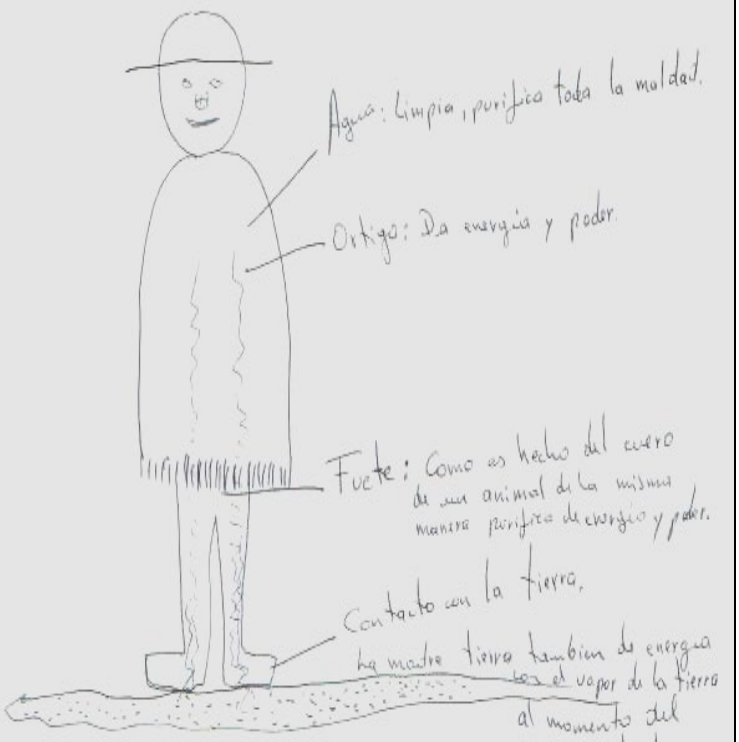

Pedro
ORTIGA
Agua
Tierra
pelotas

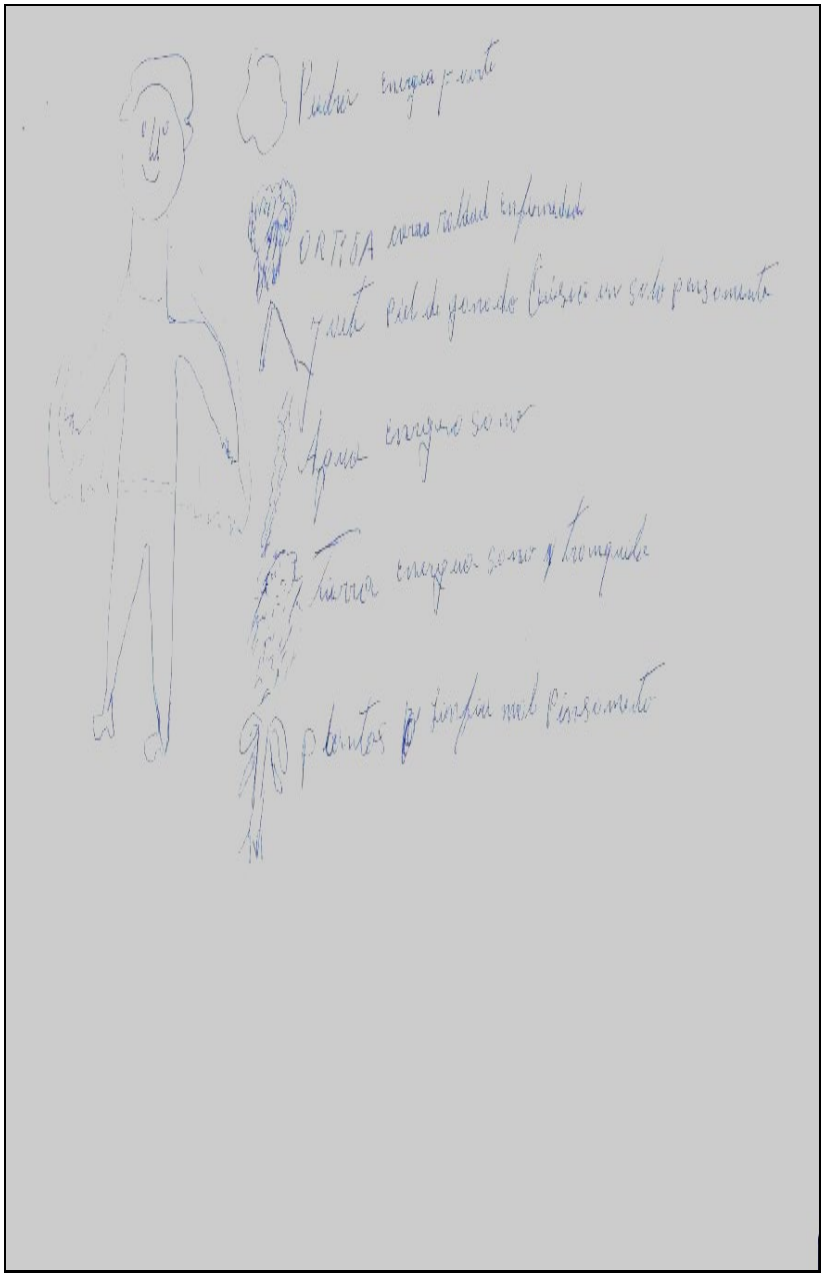


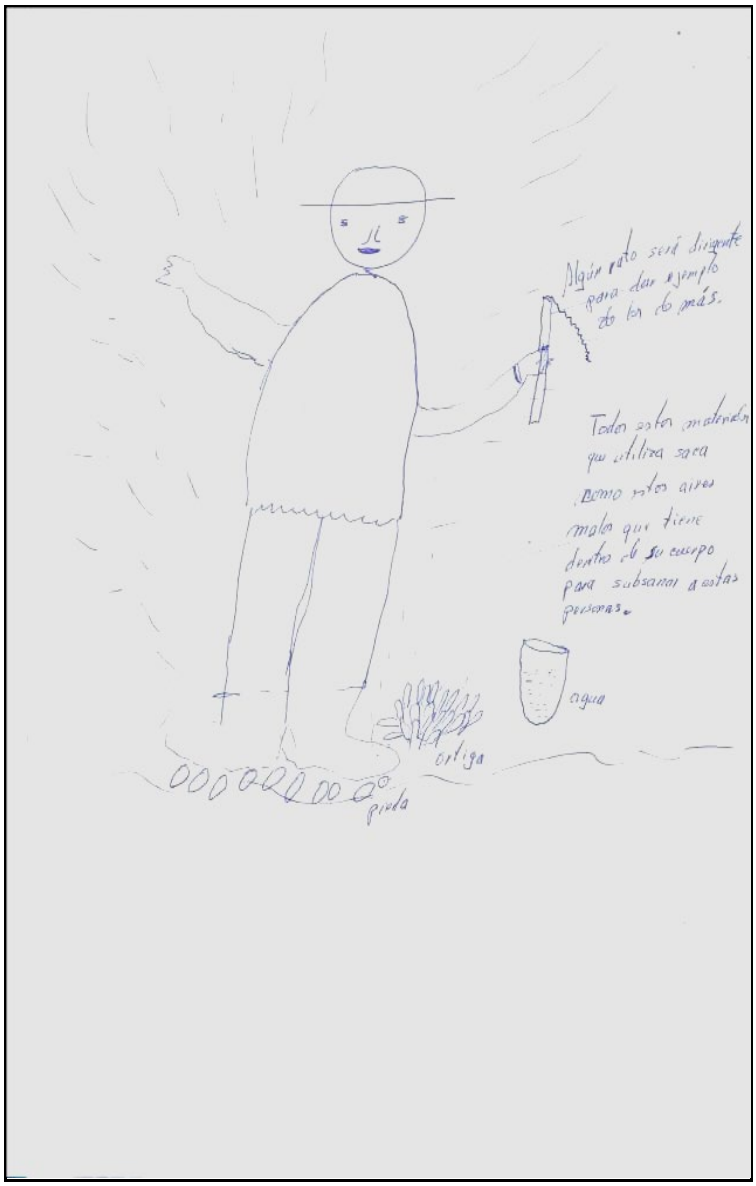







Agua: Limpia, purifica toda la maldad.
Ortiga: Da energía y poder.
Fuete: Como es hecho del cuero de un animal de la misma manera purifica de energía y poder.
Contacto con la tierra.
La madre tierra también da energía con el vapor de la tierra al momento del hacer contacto.


Padres
ORFISA
Hijos



Es fundamental por otra parte, aceptar que el derecho indígena, es «derecho garantizado» (Weber, 1979: 253) y legítimo, en tanto que los comportamientos regulados por este ordenamiento jurídico siempre tienen su respectiva sanción, basada en principios tanto morales como sociales y jurídicos, lo cual se puede analizar desde la perspectiva de la filosofía del derecho planteada por Bobbio (1947).

Además de estas reflexiones se analiza formalmente, la interpretación con base en la justificación interna y la justificación externa, para poder concluir.

6.6.1 Justificación interna

Recordemos que la justificación interna estudia si la decisión de una autoridad con competencia jurisdiccional o administrativa se deduce lógicamente de las premisas normativas que son aplicables a un caso. Encontrar que sí hubo plagio se deduce porque los muchachos, que fueron entregados a

las autoridades, permanecieron con ellos y se declara a las autoridades como responsables de ese delito y se ordena su encarcelamiento. La medida no está correctamente justificada desde un punto de vista interno, ya que no puede deducirse de la norma. Pero, *1)* ¿era ésta la única premisa normativamente relevante? *2)* ¿era esta la única interpretación admisible o la más adecuada? El estudio de estas dos preguntas corresponde a la justificación externa de la argumentación jurídica.

6.6.2 Justificación externa

La justificación externa, debe dar cuenta de la «corrección» de la premisa argumentativa seleccionada por el juez. Para el caso concreto, debe examinarse si el hecho de que las autoridades siguiendo el debido proceso y por supuesto la costumbre propia, hayan recibido a los muchachos por ruego de sus padres y de los familiares de la víctima, puede ser entendido como «plagio» en los términos del Código Penal o, si por el contrario, teniendo en cuenta que los padres dejaron a los jóvenes con autoridades reconocidas, en un lugar seguro y que las autoridades tradicionales aceptaron su responsabilidad de realizar la justicia, el acto de corrección, las decisiones de los padres y de las autoridades pueden tomarse no solamente como la voluntad de asistencia y de ayuda para los jóvenes infractores a partir de la solicitud expresa de protección, sino que estos requerimientos deben ser acatados en cumplimiento de la facultad otorgada según el art. 171 de la Constitución. En otras palabras, el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna.

Ahora, dentro de un Estado de derecho plural que reconoce y valora otros sistemas de derecho siempre que la decisión de un servidor público esté afectando un derecho fundamental de un pueblo indígena, como sujeto colectivo de derecho, las premisas de las que parta para llegar a esa conclusión se justifican, conforme a las reglas de interpretación y a la dogmática: *a)* prevalencia de las normas Constitucionales sobre las legales; *b)* límites a las restricciones que se pretendan imponer a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y al derecho fundamental de autonomía reconocido en cabeza de las autoridades; *c)* regla de que a las autoridades se les puede aplicar un trato diferente, por pertenecer a una comunidad étnica y cultural protegida Constitucionalmente.

> Los paradigmas de la justicia del *ayllu* se constituyen en una especie de norte que riñen y chocan con los elementos centrales de la justicia estatal, porque el derecho monista está basado en la monocultural y en la exclusión como posibilidades de vida y de justicia diferentes.
> Marcelo Fernández

6.7. Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes

Sí, deben someterse a la Jurisdicción Indígena. Todas las autoridades judiciales y administrativas de la jurisdicción ordinaria tienen el deber de que los miembros de una comunidad indígena se sometan a la jurisdicción indígena.

6.8. Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por las autoridades de la justicia ordinaria

Según el diccionario de la lengua, la palabra «interferida» significa en física «acción recíproca de las ondas, (…) resultado en ciertas ocasiones del aumento, disminución o neutralización del movimiento ondulatorio». Por otro lado, son sinónimos de la palabra "interferida": interceptada, incomunicada, estorbada, obstruida, obstaculizada.

Lo sucedido, definido en la pregunta como acción realizada por las autoridades de la justicia ordinaria es explicable, y es justificable. Por un lado, se conoce de un *ajusticiamiento* en la comunidad lo que ennoblece la presencia del fiscal general de la nación a la distante comunidad, que como autoridad define actuar *para evitar un ajusticiamiento* por encima de las decisiones de las autoridades indígenas. Estaba en lo correcto al primar el derecho a la vida sobre el derecho a la diversidad. Dado que no existía tal *ajusticiamiento* y que la llegada del fiscal se veía como intromisión se determinó que no pudiera llegar. Son dos «ondas» orientadas cada una a neutralizar el curso de la contraria, bajo un ámbito de poder y de fuerza. En mi concepto esta situación se presenta porque a la fecha, las partes involucradas no han entrado en el conocimiento, diálogo y coordinación para apoyarse bajo el espíritu de la Constitución. Ni las actuaciones de las autoridades indígenas debían ser «interferidas» sin un conocimiento a fondo de lo que estaba pasando, ni tampoco debían ser «interferidas» las actuaciones del fiscal que buscaba evitar una muerte. Quizás se desperdició un espacio para ambas autoridades e instituciones generar entendimiento intercultural.

Si bien esta posición es neutral o trata de ser lo más justa, si puedo comprender el suceso en el marco de un contexto sociopolítico donde las condiciones relacionales frente a los pueblos indígenas que existen en el Ecuador se asientan en el desprecio a sus modos de vida y por ende de las expresiones de control de la vida social.

6.9. Y, sírvase disponer cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas para lograr la eficacia y armonía entre sí

Varias autoridades indígenas plantean que: «*la Constitución dispone la necesidad de una ley de modo que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria y no, una ley que limite los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer sus sistemas legales».* Efectivamente, existe una diferencia: en el primer caso se trata de una ley que, en positivo se proyecte para determinar principios y reglas que permitan dar salida a situaciones donde es necesario interactuar entre autoridades de cada una de las jurisdicciones involucradas. «Relación» y «acoplamiento» parecen ser las dos palabras más importantes para abordar el tema.

Uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que Ecuador ha incorporado a su actual constitución, es el derecho a que estos grupos humanos puedan usar sus propias normas, prácticas y costumbres para administrar justicia y resolver los casos que se presenten en sus territorios. Este reconocimiento conlleva que el Estado acepte la existencia del pluralismo jurídico al interior de sus fronteras, es decir, la validez de otros sistemas jurídicos distintos al estatal.

Sin embargo, el reconocimiento de este derecho, así como de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, no ha pasado de ser una declaración formal que no ha sido desarrollada en la legislación secundaria, ni aplicada en la práctica pública y política de los órganos gubernamentales. Se trata de un proceso complejo que requiere modificar radicalmente un sistema jurídico estatal que tiene reparos en reconocer otros sistemas jurídicos que existen paralelamente dentro del territorio nacional, como el de los pueblos indígenas, y que además tiende a calificar los métodos y prácticas utilizados por los pueblos indígenas como costumbres atrasadas que deben ser combatidas.

Pero existen también ejemplos de entidades y actores estatales que han sabido incorporar positivamente estos derechos en el ejercicio de sus funciones, ideando múltiples formas para articularlos y armonizarlos en el marco del sistema jurídico estatal. Asimismo, existen organizaciones indígenas que han sabido aprovechar las ventajas del reconocimiento Constitucional de sus formas de administrar justicia y, a la vez, suplir en la práctica la ausencia de legislación

secundaria que desarrolle el reconocimiento Constitucional de la jurisdicción indígena y delimite sus facultades, para construir y estructurar sistemas de justicia propios, con base en sus prácticas y costumbres tradicionales.

Dicha experiencia no sólo se ha limitado a construir un sistema de justicia propio y autónomo, sino también, a promover un proceso de cooperación y coordinación con los órganos estatales encargados de impartir justicia.

Se trata de lograr esa coordinación mediante una política pública que se traduzca, con base en la exaltación de los principios de la pluralidad, en soluciones y respuestas ínter-jurisdicciones y de las autoridades para actuar de modo intercultural e inter legal a fin de evitar conflictos de competencia e injerencia en las diferenciadas maneras de concebir el derecho y por ende la administración de justicia.

La determinación de construir un espíritu sobre la pluralidad jurídica en el Ecuador se ha iniciado ya y no puede fortalecerse sobre las mismas bases existentes antes de la Constitución. Es necesario que todas las instituciones indígenas y no indígenas, particularmente los servidores públicos y las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional, se preparan incorporando los diferentes y nuevos contenidos Constitucionales que permitan reconocer que los indígenas son parte estructural de una nación, reivindican su origen prehispánico, tienen una visión de la vida incomparable y que como culturas que se viven cotidianamente en las comunas no valen menos que el modo como viven los mestizos. El país necesita que se continúe construyendo el nuevo modelo de Estado plurinacional, donde tenga reconocimiento habitual la pluralidad jurídica que proviene de las nacionalidades indígenas, como medio para el fortalecimiento de una nueva y verdadera convivencia intercultural.

6.9.1 Algunas bases

Para empezar, una revisión a fondo del mandato internacional y Constitucional, así como de los desarrollos legislativos, indica que, en el Ecuador, ya se cuenta con una excelente infraestructura normativa para vivir los derroteros de una nación bajo los principios de la pluralidad jurídica que los constituyentes se plantearon y proyectaron.

En términos organizativos y funcionales, se presenta el desafío frente a la diversidad de referentes culturales diferenciados que circulan, que han de comunicarse y entenderse en los encuentros entre autoridades de diversas jurisdicciones.

Para establecer una cultura en torno a un pluralismo jurídico legal, oficial, de tipo igualitario, que respete y valore cada uno de los principios y procedimientos de los derechos que coexisten en la nación, necesariamente hay que tener en cuenta al derecho ordinario y los otros derechos propios como parte de un sistema. El pluralismo jurídico formal de tipo igualitario es un aporte teórico de André Hoekema y plantea que:

[...] el derecho oficial reconoce y respeta los rasgos culturalmente distintos, las leyes o procedimientos, la validez de normas de los diversos sistemas de derecho y su fuente en una comunidad especial. Así mismo, en el pluralismo jurídico legal, oficial de tipo igualitario, los derechos conforman una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y son reconocidos como parte integral del orden jurídico nacional.

La Constitución incluye a todos los derechos indígenas diferentes al ordinario, y lo hace en forma generalizada, sin excluir ninguno, lo cual le garantiza al Estado la unidad y el principio de legalidad.

El nuevo paradigma utiliza un mecanismo inédito para reconocer que esos otros derechos cuyos principios y procedimientos son distintos, comparten igual dignidad. Se rompe formalmente, la práctica tradicional colonialista, y se configura un mecanismo de integración también formalmente, igualitario.

Las normas y procedimientos distintos, insertos en órdenes culturales incomparables e heterogéneos, implican, y para todos los ordenamientos, una autonomía parcial que se impone desde la Constitución.

Ecuador no escogió un multiculturalismo que permite que cada sociedad viva como desee; si bien está claro que el Estado no se puede vulnerar el derecho de autonomía de los pueblos indígenas, los juicios y discernimientos abordados por las autoridades indígenas desde el derecho propio sí se pueden ver cotejados desde un poder supremo.

Es reglamentaria la posibilidad de juzgar actuaciones de las autoridades indígenas y determinar la licitud o ilicitud de estas actuaciones jurisdiccionales protegidas por la Constitución y la ley, cuando se remiten a la jurisdicción Constitucional como órgano competente en busca de otra decisión. Es en los casos y situaciones concretas, donde se determina o no si la Corte Constitucional fortalece el pluralismo jurídico legal, oficial e igualitario o, por el contrario, impone un pluralismo jurídico, oficial, de tipo unitario, que, siguiendo a Hoekema, se reconoce por:

La facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho registrados y porque se reconoce a esos otros derechos un papel meramente complementario.

6.9.2 Alcances y límites de la jurisdicción especial indígena

El artículo 171 de la Constitución, dispone que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales. Es importante examinar los alcances y límites de esta jurisdicción en la que la Constitución otorga a los pueblos indígenas la facultad de administrar justicia, es decir, tal reconocimiento implica como ya expresó, la *notio,* el *iudicium* y el *imperium.* En razón a que la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la palabra, debe entenderse que estos elementos también son constitutivos de ella. Cabe hacer, no obstante, las siguientes precisiones.

a. La especificidad cultural de la jurisdicción de cada pueblo indígena

De acuerdo con el artículo 171 de la Constitución, la facultad de administrar justicia de las autoridades indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo con base en «sus tradiciones ancestrales y su derecho propio» lo que implica que la forma específica que adquieran cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada una de las nacionalidades y sus comunidades respectivas.

Es a partir de sus normas, usos y costumbres que se determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial, 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.

b. El territorio y la pertenencia étnica de las partes en la delimitación de la *notio.*

La facultad de administrar justicia es un derecho de grupo. Se trata de un derecho limitado al territorio: «las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades ejercerán funciones

jurisdiccionales (…) dentro de su ámbito territorial (…)». Pero ¿qué quiere decir exactamente dentro de su ámbito territorial?

¿Que los fallos de las autoridades indígenas sólo tienen efectos en su territorio?
¿Que las autoridades indígenas sólo pueden decidir hechos ocurridos dentro de su territorio?
¿Cuál es el territorio al que se refiere exactamente la Constitución?
¿El que tradicionalmente ocupa la comunidad indígena?
¿El que la comunidad considera como su territorio?
¿Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena?
¿Aquellos que, aunque no poseídos en esa forma, constituyan ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales?
¿Territorios que ocupan tradicionalmente?
¿Territorios que formalmente les pertenecen?
¿Dónde se debe cumplir la pena impuesta?

Este es un aspecto por desarrollar y por lo tanto a definir en el marco de una Ley de coordinación. Favorecer una definición amplia de territorio implica determinar lo estatuido normativamente y concretarlo en una Consulta Previa con las concepciones culturales que se tengan, sobre qué se entiende por territorios indígenas.

c) La conciencia étnica

También para determinar los casos que pueden ser conocidos por la jurisdicción indígena debe tenerse en cuenta la nacionalidad o comunidad a la que pertenecen las partes involucradas. Pueden presentarse casos de muy variada índole según sea indígena o no indígena, con igual o diferente cultura.

La diferencia de la existencia de normas que castigan la conducta del individuo miembro de un pueblo indígena tanto en su pueblo como en las leyes ecuatorianas;

El nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado de las normas y prácticas sociales de la población.

Estas dos variables, concretan el elemento personal para determinar la jurisdicción. Este componente, pretende dar cuenta de las diferencias culturales que pueden existir entre los pueblos indígenas y entre éstos y la sociedad. Así, si se dan en el caso ambas circunstancias, la conducta es castigada por las normas del pueblo indígena al que pertenece el involucrado y si éste tiene un conocimiento suficiente de las prácticas sociales y las normas de la sociedad ecuatoriana la jurisdicción se radica en los jueces ordinarios. Si, por el contrario, se da la primera circunstancia, pero no la segunda, la jurisdicción se radica en las autoridades indígenas del pueblo al que pertenece el individuo. Al igual que en el primer caso, si se da el conocimiento de la sociedad ecuatoriana, pero la conducta no es reprimida por la comunidad a la que pertenece el individuo en cuestión, la jurisdicción se radicaría en los jueces ordinarios.

La conducta no es reprimida por la comunidad a la que pertenece el individuo y éste no está familiarizado lo suficiente con la sociedad ecuatoriana y sus normas.

En resumen, existen dos factores que determinan los asuntos de los que pueden conocer las autoridades de los pueblos indígenas en calidad de administradoras de justicia: *1.* el territorial y *2.* el

subjetivo. El factor territorial determina que las autoridades indígenas pueden conocer de los asuntos que ocurran dentro de sus territorios. El factor personal se refiere a la necesidad de atender a las diferencias culturales relacionadas con la pertenencia étnica en el momento de radicar la jurisdicción.

- Para resolver casos interjurisdiccionales en los que un indígena y un no indígena se ven involucrados en un conflicto dentro del territorio al que pertenece alguno de los dos es importante implementar reglas a partir de dos elementos:

a) la comparación de las normas indígenas con las normas de la sociedad ecuatoriana.
b) el examen del nivel de integración a la sociedad ecuatoriana del individuo involucrado.

6.9.3 Restricciones a la *iudicium*

Al establecer la jurisdicción indígena, la Constitución dispone que las atribuciones conferidas a las autoridades de los pueblos indígenas para administrar justicia deban ajustarse a la «Constitución y a las leyes de la República». Como la Corte Constitucional es el órgano autorizado para fijar los alcances de los límites Constitucionales al ejercicio del derecho que la Carta consagra a favor de las nacionalidades indígenas, habrá de tener en cuenta:

Clasificar: *a)* los grupos que conservan sus usos y costumbres los que deben ser, en principio, respetados; *b)* los grupos que no conservan sus usos y costumbres, pero se sienten indígenas. Estos deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República.

Los derechos fundamentales constituyen el límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional.

Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor Constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma Constitucional ―diversidad, pluralismo― y aquellos tutelados por las normas legales imperativas.

Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavan su riqueza, en la que justamente reside el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción debe ejercerse, en consecuencia, según sus normas y procedimientos, usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre *contra legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*,

fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las nacionalidades indígenas.

Los únicos límites a la autoridad indígena en los casos en los que el principio se aplica son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a que el castigo sea previsible para los miembros de la comunidad (debido proceso).

El derecho a utilizar la fuerza física, imperium *para lograr el acatamiento de las decisiones* iudicium *teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal (prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degradantes), implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los renuentes ante las autoridades judiciales de la comunidad, sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas o comunidades que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo.*

Síntesis

El artículo 171 de la Constitución establece la jurisdicción especial indígena.

La posibilidad de administrar justicia debe entenderse como un derecho de los pueblos indígenas relacionado directamente con su derecho de auto disposición.

El derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas es vital para su existencia como pueblos distintos y para mantener esta situación en el tiempo.

El que se entienda la jurisdicción especial como un derecho de los pueblos indígenas tiene dos consecuencias jurídicas:

1. Cuando el derecho es ejercido, las decisiones tienen un igual valor jurídico al de las decisiones de los jueces ordinarios frente al Estado colombiano.

2. Cuando el derecho no se ejerce, no puede entenderse que ha ocurrido una denegación de justicia, debido a su carácter potestativo.

La jurisdicción indígena comprende, al igual que la jurisdicción del Estado, los poderes de la *notio*, la *iudicium* y el *imperium*.

La jurisdicción especial indígena debe ser entendida dentro de la especificidad cultural de cada pueblo indígena. El derecho a administrar justicia de cada pueblo indígena está acompañado del reconocimiento de las normas y procedimientos de cada pueblo indígena.

La *notio* en el caso de los pueblos indígenas está delimitada por dos factores: el territorial y el de pertenencia étnica.

1. Factor territorial: las autoridades de cada pueblo indígena pueden conocer de los hechos ocurridos dentro del resguardo de su pueblo y dentro del territorio habitualmente ocupado por su pueblo.

2. Factor de pertenencia étnica: supone tener en cuenta la pertenencia étnica de los individuos involucrados en el conflicto y los intereses en juego.

a. Si todos los individuos y todos los intereses en juego son los de un pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de ese pueblo, la jurisdicción se radica en las autoridades del pueblo indígena en cuestión.

b. Si los involucrados son un indígena y un no indígena, la jurisdicción depende de:

i) Los hechos estén regulados o no en ambos ordenamientos.

ii) El grado de conocimiento que tengan los individuos involucrados de las prácticas de la comunidad en la que ocurrieron los hechos.

La atribución de la *iudicium*, esto es, la facultad misma de decidir un caso está también limitada. En todos los casos el límite lo constituyen los derechos fundamentales Constitucionales. Pero, dependiendo del grado de asimilación o conservación, el límite es el núcleo intangible de estos derechos o la totalidad de las garantías que acompañan a cada derecho.

El *imperium* tiene como límites jurídicos los derechos a la vida y la prohibición de la tortura, la esclavitud y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Sus principales límites, no obstante, son fácticos.

6.9.4 Dificultades más importantes para las autoridades externas

Aunque cotidianamente nos encontramos como ciudadanos abordando realidades culturales propias que son diferentes y que pueden resultar incomprensibles para otros, no se juzgan ni como expresiones de atraso, ni como inventos en las mentes de unos cuantos sujetos inferiores. Los hechos de cultura indígenas como realidades diferentes tienen especificaciones en el mundo del derecho que resultan difíciles de comprender si a ellas se les extienden -como lo hemos ya afirmado-, la propia visión del mundo y las categorías de otro derecho.

- Inexistencia de «normas jurídicas» al interior de los pueblos indígenas.
- Indeterminación relativa en asuntos de definición sobre los asuntos de los que conocen las autoridades indígenas y la manera en la que este problema afecta la garantía de su derecho a administrar justicia.
- Control de legalidad y Constitucionalidad de las decisiones de las autoridades indígenas.
- Principio relacionado con la asimilación o conservación cultural.

6.9.4.1 ¿Son jurídicas las normas de los pueblos indígenas?

El reconocimiento del derecho a administrar justicia que la Constitución Política hace a los pueblos indígenas ha suscitado entre muchas preguntas como:

¿Están los pueblos indígenas preparados para administrar justicia?
¿Son jurídicas las normas de los pueblos indígenas?
¿Cuáles son las normas jurídicas de cada pueblo indígena?

En últimas, estas preguntas remiten al asunto de cuándo puede decirse que existe un ordenamiento jurídico y acompañando a éste una jurisdicción.

H. L. A. Hart es uno de los teóricos del derecho que con mayor claridad ha expuesto las características de los sistemas jurídicos, por oposición a sistemas prejurídicos. De acuerdo con este autor, la observación de las prácticas sociales de buena parte de los Estados permite concluir que los ordenamientos jurídicos son fundamentalmente conjuntos de reglas. Las reglas, por oposición a los hábitos o usos, suponen una creencia en la obligatoriedad de la conducta ordenada y no una mera coincidencia de actuaciones y, por otra parte, la posibilidad de usar la fuerza física para obtener el cumplimiento de la obligación.

Lo característico de los ordenamientos jurídicos, por oposición a los prejurídicos, es que éstos, además de reglas primarias que establecen derechos y obligaciones, cuentan con reglas secundarias que: *a)* establecen cuáles reglas son propiamente jurídicas, distinguiéndose de las normas morales y los usos sociales (regla de reconocimiento); *b)* determinan los procedimientos a través de los cuales se crean, modifican y derogan las reglas jurídicas y las autoridades competentes para ello (reglas de cambio); *c)* determinan los procedimientos a través de los cuales van a ser aplicadas las reglas jurídicas a los casos concretos y también las autoridades competentes para esto (reglas de adjudicación).

La explicación de Hart es atractiva no sólo por su claridad y simpleza, sino por su potencial para describir la manera en la que usualmente entendemos el derecho. Tanto así, que muchas de las preguntas que los abogados se plantean frente a la jurisdicción especial indígena parecen calcadas del modelo: ¿cómo se reconocen las reglas jurídicas de un determinado grupo indígena? ¿Quién crea las normas dentro del grupo, cómo se modifican, cuándo se consideran derogadas? ¿Quién es el competente para aplicar las normas jurídicas dentro de la comunidad?

Este ejercicio, sin embargo, es propio de una determinada cultura, que ha racionalizado el control social y generado un sistema especializado para ejercerlo. Este proceso de racionalización y especialización obedece a características propias de una cultura. No todos los pueblos o culturas han atravesado el mismo proceso. Y, cuando se propone reconocer las diferencias culturales y darles protección, de algún modo se está renunciando a imponer a las culturas o pueblos diferentes seguir el mismo camino que una sociedad ha seguido. En este sentido, intentar verificar si los pueblos indígenas tienen o no sistemas jurídicos a partir de la propia idea de lo que es un sistema jurídico, atenta contra el propósito mismo de reconocer y proteger la diferencia.

Lo que sí es cierto es que los derechos propios de los pueblos, si son realmente diferentes. Los pueblos cuentan con mecanismos de control social tendientes a asegurar que las formas de vida y valores de cada pueblo permanezcan en el tiempo. Cuando se reconoce a los pueblos el derecho a administrar justicia, debe entenderse que lo que en realidad se está haciendo es reconocer y proteger la existencia de estos mecanismos que permiten la supervivencia de cada pueblo como pueblo diverso. Convertir este reconocimiento en una exigencia a los pueblos indígenas de contar con sistemas jurídicos propiamente dichos y con instituciones judiciales formales similares al derecho estatal, no sólo implicaría desconocer la garantía, sino que llevaría a lo que pretende evitarse: el etnocidio, la aniquilación de la diferencia, la asimilación por imposición.

Ahora bien, el hecho de que las nacionalidades indígenas se encuentren insertas en un Estado y que por ello sus derechos sean limitados, exige una respuesta que tenga en cuenta estas variables. En efecto, el ejercicio de determinar los alcances y límites de un derecho remite inmediatamente a la idea de exigir que el ejercicio del derecho sea protegido en algunas circunstancias, pero también de realizar un control para verificar si el derecho ha sido ejercido dentro de sus límites. El derecho subjetivo requiere, pues, de una garantía y de un mecanismo de control.

¿Cuáles son las garantías del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia?
¿Cuál es el mecanismo de control de las decisiones de los pueblos indígenas?
¿Cómo se articulan las respuestas a estas preguntas con la exigencia de respetar y valorar la diferencia cultural de los pueblos indígenas?

6.9.5 ¿Con qué garantías cuentan los pueblos indígenas para el ejercicio de su derecho a administrar justicia?

Debido a que el derecho a administrar justicia que se concede a los pueblos indígenas tiene tanto un aspecto orgánico como carácter de derecho fundamental, los pueblos indígenas bajo la legislación vigente pueden garantizar el ejercicio de su derecho a través de dos mecanismos. El primero es el de la promoción de un conflicto positivo de competencias ante la autoridad competente, que surge cuando dos autoridades judiciales reclaman tener atribuciones para conocer de un mismo caso.

6.9.5.1 Corresponde a la Corte Constitucional el conocimiento de los conflictos de competencia que se susciten entre jurisdicciones diversas.

La vigencia de límites respecto del ejercicio de un derecho supone que existe alguna autoridad encargada de verificar estos límites, algún tipo de control para determinar en qué casos ha habido un exceso en el ejercicio del derecho. Si bien el artículo 171 de la Constitución Política no se refiere a la necesidad de establecer controles, sino a la de contar con reglamentación sobre la manera en la que han de articularse la jurisdicción especial indígena y la nacional, al señalar que las decisiones de las autoridades indígenas deberán ajustarse a la Constitución y la ley, está suponiendo que de alguna manera va a verificarse el cumplimiento de esta restricción. Es claro que la ley reglamentará el control de legalidad y de Constitucionalidad al que serán sometidas estas decisiones.

El control externo a las decisiones de las autoridades indígenas se realiza mediante la demanda ante la Corte Constitucional de introducir parámetros para la revisión que implican un respeto y una valoración de la diferencia cultural de cada pueblo.

El juez Constitucional debe intentar una comprensión de las prácticas culturales específicas del pueblo o los pueblos involucrados antes de decidir.

Los límites Constitucionales y legales establecidos para las autoridades indígenas y a los que se refiere la Constitución, deben fijarse teniendo en cuenta el principio de respeto y valoración de la diversidad cultural.

Ahora si bien, los pueblos indígenas han intentado defender su derecho a la diferencia a partir de una reivindicación de su pasado, pero pensar que los derechos de los pueblos indígenas se definen sobre la base de su “conservación”, implica desconocer es que como grupos son cambiantes, con necesidades y deseos propios y en interacción con otras sociedades. La valoración de la diferencia no puede estar atada a un pasado que los pueblos indígenas representan. Con las nociones de sociedades con derechos propios diferenciados no se pretende salvar el pasado, por el contrario, lo que se quiere es posibilitar el desarrollo de grupos con formas de pensar propias, distintas y valiosas.

El hecho de que un pueblo indígena tenga un contacto frecuente y fluido con la mayoría de la sociedad ecuatoriana no conlleva la posibilidad de que se le exija actuar conforme a ese conocimiento. Estos pueblos no podrían alegar ignorancia o incomprensión de las costumbres de los demás colombianos como excusa para sus actuaciones. Pero a ellos tampoco se les debería exigir

actuar de una manera más parecida a la de la mayoría de los ecuatorianos si no quieren hacerlo, siempre y cuando respeten los límites que son procedentes en todos los casos.

6.9.6 Sugerencias para la reglamentación de la jurisdicción indígena

Puesto que el desarrollo del derecho de los pueblos indígenas a ejercer la jurisdicción ha sido favorable, es deseable delegar en los jueces indígenas y no indígenas gran parte de la labor de especificación de las normas generales. Estos jueces además de su conocimiento de los temas cuentan con la posibilidad de estudiar los casos de manera concreta y ajustar las exigencias legislativas a las circunstancias particulares. La ley, en este sentido, debe ser lo suficientemente general como para dar cabida a la diversidad cultural a la que se pretende responder. Por otra parte, es deseable que la reglamentación se restrinja a los aspectos más problemáticos de coordinación de jurisdicciones.

1. Principios. En este caso es importante reiterar el principio de reconocimiento y respeto a la diversidad cultural como principio rector en la interpretación de la ley. El principio podría consagrarse de la siguiente forma: «La presente ley deberá interpretarse atendiendo al principio Constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad cultural y de igualdad de todas las culturas».
2. Definiciones. Ajustar la ley a las definiciones preexistentes. (nacionalidad, pueblo indígena, comuna indígena, territorio indígena, derecho propio etc.).
3. Alcances. Determinar su ámbito de aplicación
4. Disposiciones. Deberían incluirse:
    1. El derecho a ejercer facultades jurisdiccionales en su territorio.
    2. El derecho de crear normas, de aplicarlas y de realizar las sanciones respectivas.
    3. El derecho de aplicar derecho en todas las materias.
    4. Las decisiones de las autoridades indígenas tienen pleno valor.
    5. Las autoridades indígenas decidan no ejercer el derecho a juzgar debe ser justificado.
    6. Los campos sobre los que no van a conocer las autoridades indígenas siguiendo los parámetros de territorialidad y etnicidad.

Reglas:

A. Las autoridades indígenas son competentes para conocer:

De los asuntos en los que se vean involucrados intereses de miembros de su comunidad, cuando las conductas se hayan desplegado dentro del territorio de la comunidad (entendiendo aquí por territorio el que la comunidad ha habitado tradicionalmente).

De los asuntos en los que se vean involucrados miembros de la comunidad y miembros de otras comunidades indígenas o no indígenas, cuando las conductas se hayan desplegado dentro del territorio de la comunidad, y siempre y cuando el no miembro sea capaz de entender las normas de la comunidad que le van a ser aplicadas y haya podido prever las sanciones que le van a ser impuestas.

B. Modificaciones a las normas de procedimiento vigentes:

Incluir como norma general de procedimiento la obligación de los jueces (de todas las jurisdicciones) de preguntar la pertenencia étnica de las partes.

Proveer por la presencia de un traductor siempre que la lengua materna de una de las partes en el proceso no sea la que se está utilizando en el trámite del proceso.

Atendiendo a las limitaciones de información de las autoridades de los pueblos indígenas, debe establecerse que en los casos que se adelanten ante la justicia ordinaria, una vez se determine que los hechos han ocurrido en territorio de una comunidad indígena, se corra traslado de la actuación a las autoridades indígenas correspondientes. Es preciso, sin embargo, proveer un plazo para el pronunciamiento de estas autoridades sobre su voluntad de dar trámite al asunto.

Si dentro del plazo previsto por la ley las autoridades no se han pronunciado o se han negado a aceptar llevar el proceso, la competencia debería quedar definitivamente radicada ante el juez ordinario.

i) Introducción del concepto de imputabilidad cultural en la normatividad penal vigente. Las normas vigentes sobre culpabilidad deben ser ajustadas para incluir la inimputabilidad cultural como causal de exclusión de la responsabilidad penal. Esta inimputabilidad cultural, sin embargo, debe definirse cuidadosamente para evitar recaer de nuevo en la categoría del indígena salvaje, o incapaz de comprender las consecuencias de su conducta.

ii) Sitios de reclusión especial para miembros de comunidades indígenas juzgados por jueces ordinarios. El Convenio 169 de la OIT, plantea que de preferencia los indígenas no se los encarcele. Atendiendo a lo dicho anteriormente sobre la imputabilidad cultural y la competencia de las autoridades indígenas para conocer de los hechos ocurridos en su territorio, es importante que se aclare en qué casos van a ser utilizados los sitios de reclusión especial y que el establecimiento de estos sitios sea acordado con las autoridades indígenas respectivas.

iii) Posibilidad de recurrir a las autoridades de policía y a los establecimientos carcelarios y penitenciarios por parte de las autoridades indígenas. Como se explicó, los pueblos indígenas tienen derecho a perseguir y utilizar la fuerza para la sanción de quienes la hayan transgredido, cuando estas transgresiones hubiesen ocurrido en su territorio. Como también se señaló, este poder está limitado fácticamente. Para garantizar este derecho, debe proveerse a las autoridades indígenas de la posibilidad de acudir a las autoridades de policía nacionales para la captura de los miembros que han escapado del territorio. Igualmente, debe permitirse que las autoridades indígenas utilicen los establecimientos carcelarios y penitenciarios del sistema nacional cuando lo consideren necesario para garantizar el cumplimiento de la sanción.

iv) Sobre las autoridades competentes para resolver los conflictos de competencia. Cuando el conflicto de competencias se presente entre autoridades de dos pueblos indígenas, debe admitirse en primera instancia, la posibilidad de que sean ellas mismas las que solucionen el conflicto, o en su defecto la Corte Constitucional.

v) Sobre el control de legalidad y Constitucionalidad de las decisiones de las autoridades indígenas, debe aclararse que el control de legalidad se hace con respecto a la legalidad indígena misma. Por esta razón, deben ser los mismos pueblos los que prevean un mecanismo en este sentido, el que generalmente ya lo tienen.

vi) El control de Constitucionalidad queda limitado a la «Demanda de Protección especial» ante la Corte Constitucional cuando un miembro de un pueblo indígena sienta que sus mínimos derechos han sido violados en el proceso adelantado por las autoridades de su pueblo. El mecanismo para obtener una corrección es solamente esta acción. En estos casos, el juez Constitucional debe adquirir toda la información necesaria sobre el proceso adelantado por las autoridades indígenas.

C. Disposiciones para facilitar la implementación de la ley.

Dos actuaciones son importantes para facilitar la implementación de la ley: la elaboración de un mapa en el que se aclare cuáles son los territorios indígenas (los tradicionalmente ocupados por ellos); la divulgación de los convenios internacionales y leyes sobre el tema, entre los jueces ordinarios y las autoridades de los pueblos indígenas.

6.10 Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Olivo Pallo, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, están encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria

Para responder a la pregunta: primero se acude a la norma y en segundo lugar a los hechos y acontecimientos para examinar la situación.

Se establece expresamente en la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, registro oficial No. 52 del 22 de octubre de 2009. Art. 343. Ámbito de la jurisdicción indígena 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 garantías de participación y acción 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».

Al ser cuestionado el juzgamiento y las sanciones es importante examinar si se respetan los principios de la justicia intercultural, que en el Art. 344. plantea que:

«La actuación y decisiones de los jueces, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos observarán en los procesos los siguientes principios»:

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 valoración plena de la diversidad cultural.

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, especialistas en derecho indígena.

Non bis in dem. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces de la función judicial, ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control Constitucional.

Puede deducirse de lo expuesto que:

1. No se ha tenido en cuenta «el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas»;

2. No se ha garantizado el «óptimo reconocimiento y valoración plena de la diversidad cultural»;

3. No «se tomaron medidas para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervinieron personas y colectividades indígenas».
En cambio, sí se adoptaron medidas de revisión que son exclusivamente del órgano Constitucional.

El encarcelamiento de los jóvenes para ser juzgados por los mismos hechos va en contra de lo establecido en la normatividad vigente. Con base en esa formalidad, efectivamente fueron ya juzgados y corregidos por autoridades indígenas debidamente registradas y con competencia jurisdiccional, los cinco jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Olivo Pallo. Es improcedente que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Olivo Pallo, que ya fueron juzgados por jueces indígenas pertenecientes a la Jurisdicción indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria.

6.11 Sírvase resolver si las autoridades de Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución

Queda resuelta con los argumentos expuestos.

6.12 En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuáles son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar

Existen en diferentes países distintas decisiones y estas son autonómicas de cada país.

En los Estados Unidos, por ejemplo, está permitida la pena de muerte para sancionar a infractores.

En Colombia la Corte Constitucional determinó que no cualquier norma, Constitucional o legal, prevalece sobre los derechos fundamentales de los pueblos. Manifiesta que «solo las disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a este principio de diversidad». Los mínimos fundamentales son:

El derecho a la vida
El derecho a la integridad del cuerpo
El derecho a no ser esclavizado

Para establecer que el derecho a la diversidad étnica y cultural no prevalece cuando esté en tensión con estos derechos y que, por tanto, estos obligan para todos los colombianos sin distinción de etnia, raza o cultura, la Corte argumentó que sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos, y no pueden ser suspendidos aún en situaciones de conflicto armado.

La Corte ha sentado que, aunque la Constitución y la ley definen límites a la jurisdicción indígena, es decir, a la obligatoriedad de no vulnerar derechos en razón a que la diversidad étnica y cultural y sus diferentes manifestaciones están protegidas, sostiene que la garantía de este principio no puede elevarse sobre todas las normas Constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. También aclara la necesidad de, por caso, analizar las concepciones culturales diferentes sobre el debido proceso.

Debido Proceso como mínimo jurídico

Con relación al derecho a un debido proceso, como mínimo jurídico por mandato Constitucional, hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las «normas y procedimientos» del pueblo indígena particular, lo cual supone la precedencia de estos al juzgamiento de las conductas. En cuanto a este último indicó que no podía «ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades», y precisó que «para determinarlo en un caso, deberá consultarse, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se

trate, así como de las características de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad, no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte». ST-428/92, SC-139/96, ST-496/96, ST-523/97, SC-139/96, ST- 1127/01. En el análisis de los procedimientos específicos aplicados por comunidades indígenas la Corte Constitucional expresó:

«De exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las muestras se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta». El reconocimiento de la diversidad implica el reconocimiento de los derechos propios y de otros procedimientos. ST-349/96, ST-1127/01

«Los jueces no pueden imponer el cumplimiento de requisitos e instituciones procesales que no se encuentran contemplados por un pueblo, pues ello equivaldría a la imposición de una específica cosmovisión que atenta contra el principio Constitucional del pluralismo». ST-523/97

La Corte consideró por ejemplo que no viola el derecho de defensa del sindicado la comunidad indígena que pronuncia una segunda sentencia en su contra, con el fin de subsanar irregularidades del primer veredicto y adecuar el procedimiento a las reglas de la tradición.

6.12.1 Qué es lo tradicional

Al examinar los procedimientos que utiliza una autoridad indígena, que según el *parecer* de un juez no son «tradicionales» o no son «propias», es importante comprender que la tradición no puede ser entendida como un proceso de clonación, es decir, reproducción de prácticas y procedimientos que se repiten de la misma forma en que lo hacían los antepasados, toda vez que «el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico». Lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

Las disposiciones Constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8 y 9 del convenio 169 de la OIT, conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres *«siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales, definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos». «Imponer todo el carácter normativo de la Constitución a los pueblos que son distintos, implica su asimilación»*. ¿Qué se le reconoce a las expresiones comunitarias como diversidad étnica y cultural si se les impone a los pueblos un solo sistema dominante de pensar y actuar?

6.12.2 Sanciones válidas

No son aceptables, sanciones que impliquen un «castigo desproporcionado e inútil» o graves daños físicos o mentales. Lo anterior ha sido precisado por la Corte mediante las disposiciones contempladas en la ley 78 de 1986, según la cual no todo castigo físico constituye tortura o trato cruel, inhumano o degradante; sólo lo son aquellos cuya entidad implique sufrimientos particularmente «graves y crueles». Empero, la determinación de la intensidad de una determinada

sanción, a fin de establecer si se trata o no de tortura o de trato cruel e inhumano o degradante, sólo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto (duración de la pena, efectos en la integridad física o mental del condenado, sexo, edad, condiciones de salud, contexto sociopolítico, etc.). ST-349/96, ST-1127/01, ST-254/94, ST-523/97, ST-1127/01, ST-428/92, SC-139/96

Se ha dado la Constitucionalización de tres tipos de correctivos aplicados en los pueblos indígenas que son hoy contemplados por el ordenamiento jurídico nacional que es plural:

1) La expulsión de la comunidad. En relación con la sanción de expulsión de la comunidad, esta Corporación estimó que no se inscribía dentro de la prohibición Constitucional del destierro (artículo 34), la cual sólo hacía referencia a la expulsión del territorio del Estado mas no al territorio de las comunidades indígenas, todo lo cual le otorgaba validez a la luz de lo dispuesto por la Carta Política. ST-254/94, ST-048/2002

2) El cepo. La Constitucionalidad del cepo ha sido igualmente avalada por esta Corporación, la que ha opinado que esta sanción no constituye un trato cruel e inhumano (Según la Corte, esta pena, pese a los rigores físicos que implica, hacía parte de la tradición de la comunidad que la aplicaba, gozaba de aceptación dentro de esta debido a su alto grado intimidatorio y de su corta duración, y no causaba ningún daño grave a la integridad física o mental del condenado. ST-349/96.

3) El fuete. La Corporación ha confirmado la adecuación del fuete a las normas de la Carta Política. En su opinión, esta sanción, que según la cosmovisión de la comunidad indígena no pretende causar sufrimiento, sino que, más bien, constituye un ritual de purificación para el implicado y para toda la comunidad, por cuanto al existir un transgresor todo está oscuro y debe aclararse. El fuete, traducido como rayo, debía tocar al sujeto transgresor para pasar a un estado de claridad. La función se cumple al restablecer la armonía rota por las acciones del condenado. Así mismo, la anotada sanción no producía daños físicos o mentales de forma tal que pudieran asimilarla a un modo de tortura o a la implicación de una humillación o de una exposición del individuo al escarmiento público. ST-523/97.

La jurisprudencia Constitucional ha establecido, con base en el principio de responsabilidad individual, la prohibición de sanciones colectivas. La pena impuesta a un individuo no puede extenderse a sus parientes.

7. COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DE PRENSA SOBRE EL CASO

En el siguiente cuadro se encuentran algunas de las ideas que periodistas de varios medios publicaron sobre el caso. Frente a cada uno de los mensajes se hacen algunos comentarios.

Cuadro 4. El caso es seguido por los medios de prensa

Medio de comunicación	Título	Cita
El universo 14 de octubre 2010	Ajusticiamiento en La Cocha lo resolverá la CC.	La palabra ajusticiamiento según sinónimos indica: garrote, ejecución, condena, envenenamiento, fusilamiento, electrocución, quema, eliminación "(…) definir el alcance de aplicación de la justicia indígena. Según la defensa, la justicia ordinaria también inició un segundo proceso por el mismo delito a Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Chaluisa Huamajinga y Kléver Umajinga detenidos en la cárcel número 4 de Quito". Carlos Poveda, abogado de los indígenas dijo que se violentaron las normas Constitucionales que impiden el inicio de procesos que revictimicen a las personas y se provoca una criminalización de la justicia indígena. (…) Alex Alajo dirigente de La Cocha pidió a la CC, anular la sanción de suspensión del cargo que se impuso al presidente de la Corte de Cotopaxi Amador Herrera, quien liberó a supuestos implicados en el caso de ajusticiamiento".
El Universo 28 de mayo de 2010	Quishpe vuelve a casa e insiste que se declaró culpable por presiones. Periodista: Lorena Álvarez	Con el subtitulo justicia indígena la periodista Lorena Álvarez, presenta una información que tiene varias lecturas posibles: 1.- Inconsistencias. Orlando Quishpe (narra el ajusticiamiento que sufrió en La Cocha tras haber sido obligado a confesar que fue el autor del crimen. El revela que confesó ser el culpable porque le dijeron que de esa forma terminaría el castigo y que además sus compañeros ya lo habían delatado. El joven expresa que ante la asamblea que lo condenó a pena de muerte (lo cual es totalmente falso, ya que como consta en el acta los señores Pablo Umajinga y Eduardo Cuchiparte efectivamente pidieron la pena de muerte, pero ni la asamblea, como ultima autoridad para tomar decisiones, ni las autoridades que regían el caso, tuvieron en cuenta esta solicitud por lo que falta a la verdad la periodista al expresar públicamente que la Asamblea lo condenó a pena de muerte. El joven expresa que lo tuvieron en un pozo (identificado con agua) donde apenas cabía y durante la semana que estuvo cautivo en la casa lo mantenían con los ojos vendados. Narra

		que cuando le anunciaron que pensaban quemarlo sintió tanto pánico que solo volvió a respirar cuando lo soltaron". Muestra este tipo de periodismo el objetivo de ofrecer a la opinión pública y direccionar la imagen de los indígenas como desbocados, incontrolados, por fuera de principios racionales y de procedimientos establecidos previamente. El tiempo trascurrido entre el momento en que dos indígenas plantean la posibilidad de eliminarlo y el tiempo en que se decidió aplicar los procedimientos establecidos y culturalmente aceptados, tradicionalmente para tratar a una persona que puede definirse como enfermo, flaco, (por fuera del ideal del hombre kichwa de ser trabajador, vestido de poncho, seguidor de los principios del respeto a los seres humanos, de la posibilidad de lograr arreglos para los conflictos mediante el uso de la autoridad, etc.), fue de 40 minutos). Dice la periodista que los familiares de Olivo no hallan consuelo por el vacío que dejó (y por la descripción que hizo Quishpe cuando narró cómo murió Marco Antonio) (Es importante determinar si Quishpe vio o no el video en que los compañeros lo delatan). La narración que hace Quishpe coincide plenamente con el parte de medicina legal. Es muy importante observar como en las fotos que aparecen el 28 de mayo, como en la del 29 de mayo utilizadas para acompañar los artículos periodísticos presentan a un joven tocando guitarra y cantando, lo cual elimina fuerza o le quita fuerza a quienes plantean que los procedimientos aplicados para ritualmente sanar a un sujeto enfermo son de tal magnitud que difícilmente podrían tenerlo en las condiciones que se presentan en las fotografías. Por un lado, el joven está sentado en posición cómoda: sus piernas, brazos y manos habilitadas para tocar guitarra y espiritual o psicológicamente en condiciones de poder cantar. ¿"Será que un individuo realmente como dice la periodista después de una semana entre un pozo donde apenas cabía y con los ojos vendado", después de haber sido aplicados también los procedimientos de ortiga, fuete y agua fría permitirían a un individuo tener esas condiciones?

		"El presidente Rafael Correa ratificó que deben realizarse acciones judiciales contra quienes participaron en el ajusticiamiento de Quishpe. "Aquí hay gente que paladinamente sale diciendo nosotros tenemos aquí a ese señor y los vamos a sancionar. Ese es secuestro fustigó". ¿Conocerá el presidente de la Republica que las autoridades de los pueblos indígenas con competencia jurisdiccional tienen tres funciones que corresponde al derecho propio como son: conocer, ponderar, sancionar y ejecutar las sanciones. Quienes han dicho "nosotros tenemos a este señor y lo vamos a sancionar", son jueces de la Republica del Ecuador que no se dejaron amedrentar por el poder de los medios o del ejecutivo, pues su identidad como jueces y la legalidad de sus funciones establecida en la Constitución, les obligan a ignorar las que parecieran presiones para configurar una sociedad que desprecia la diferencia étnica y cultural y el pluralismo jurídico, legal y oficial. En el mismo artículo, la periodista plantea que "el Ministerio Público, a través del anuncio del fiscal subrogante Alfredo Alvear también analiza la posibilidad de iniciar procesos penales contra las personas de la comunidad de La Cocha quienes según él ejercieron justicia por mano propia". La idea de justicia por mano propia no tiene nada que ver con la jurisdicción indígena en el Ecuador, el ejercicio de esta función está claramente enunciado en el art. 171 de la Constitución y está protegido por los Convenios de derechos Humanos internacionales firmados por el Ecuador. El artículo en una columna con subtitulo alterno plantea que la Corte Constitucional definirá límites a la justicia indígena. Este sí que es un atrevido mensaje de la periodista. Quien a su pedido considera que la Corte Constitucional "seria la alternativa para definir el alcance de aplicación de la justicia indígena" (como si eso no estuviera ya definido por la constitución) y "evitar actos de ajusticiamiento por mano propia, como el supuestamente ocurrido".

		Lamentablemente, la periodista desconoce completamente los términos que utiliza, que para tan delicado campo al menos debería ir más allá del sentido común.
El Universo, 29 de mayo de 2010	Apresados cinco acusados en La Cocha. Los castigados por la justicia indígena por la muerte de Marco Olivo se entregaron a la justicia ordinaria Periodista: Eufemia Salazar	Anota la periodista que los 5 supuestos implicados "se entregaron voluntariamente para ser juzgados por la justicia ordinaria" anota que "los acusados recibieron el asesoramiento legal de los defensores públicos Armando Rodríguez y Sandra Ayala (este asesoramiento se expresa en la carta escrita por los jóvenes el 16 de junio del 2010, y escrita en primera persona del plural cuyo contenido es a todas luces, vocabulario técnico del derecho, muy especializado en el campo penal y completamente ajeno a las condiciones socio-culturales que tienen los acusados). Vale la pena examinar, de acuerdo a los hechos posteriores, el significado de: "se entregaron voluntariamente". Varias personas entrevistadas manifestaron que existía el *rumor* de que a los implicados se les ofreció por del Ministerio de Justicia un tratamiento especial con cuarenta y cinco días de prisión, lo cual al ser incumplido indignó particularmente a las madres de los acusados quienes efectuaron una fuerte protesta ante el Juez y adicionalmente envían una carta el 8 de octubre del 2010 de los jóvenes encarcelados dejando sin efecto lo expuesto el 16 de junio del 2010.
El Universo 26 de mayo 2010	Asambleísta Tibán defiende justicia indígena	La asambleísta "ratificó la resolución de PK de iniciar un proceso final en contra del presidente Rafael Correa por los delitos de xenofobia, racismo, etnocidio y genocidio, basándose en lo que ha dicho en los enlaces sabatinos"
El Universo 26 de mayo de 2010	Pedido de juicio para dirigentes de La Cocha costó cargo a fiscal	"Si me obligan, por coherencia con mis bases yo estoy dispuesto a renunciar, pues no podría seguir dicho proceso contra mis compañeros" respondió Tibán en horas de la mañana en referencia al pedido de presidente Rafael Correa de iniciar un juicio en contra de los dirigentes[50].

		Tibán puso su cargo a disposición, por pedido del Fiscal General Washington Pesantes. Defendiendo sus actuaciones dijo que es normal lo ocurrido en el caso Quishpe, debido a que la población es la que decide el juzgamiento. "La comunidad asumió desde el primer momento el caso. Asumió jurisdicción y competencia para juzgar y sancionar a Quishpe" agregó. Explico que quien debe conocer y aplicar el proceso es la Corte Constitucional (…) pues es esta entidad la encargada de revisar como se dio todo el proceso, las actas, los hechos… Tibán recordó que una vez que la comunidad conoce el caso realiza el juzgamiento y aplica las sancione, declara cosa juzgada por la justicia indígena y así finaliza el proceso. En la entrevista con el fiscal indígena Tibán, expresó el papel cumplido por él frente al caso, que sin duda expresa el cumplimiento del mandato Constitucional, expreso en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional. El fiscal Tibán en entrevista personal manifestó que encontró necesario defender la jurisdicción especial indígena y en concreto la competencia jurisdiccional asumida frente al caso de La Cocha, no solamente por ser indígena, sino porque como fiscal participó en el proceso y, como servidor público defendió el principio de diversidad plasmado en la Constitución y en La Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control Constitucional, que él tiene perfectamente incorporados.
El telégrafo. 4 de octubre de 2010	Ajusticiamiento en La Cocha, juez alista una resolución	Otro periodista repite el concepto de ajusticiamiento en La Cocha.
La Hora. 6 de noviembre de 2010	Non bis in dem Eduardo Calero	Este periodista da a conocer a la opinión pública el principio del derecho penal por el cual nadie podrá ser juzgado, ni sancionado más de una vez por la misma causa. En segundo lugar señala "que este principio es de aplicación directa e inmediata como lo define claramente la Ley orgánica de

		garantías jurisdiccionales y control Constitucional, que según el art. 344 principios de la justicia intercultural, literal c) define que "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" en tercer lugar trae dos casos incluido el de La Cocha y finalmente cierra su artículo con el planteamiento del señor fiscal Washington Pesantes que dice que "la constitución no establece que con un fuetazo queda al margen del artículo 450 del código penal". Con lo anterior hace un llamado a que se resuelva urgentemente si existe el algún caso la posibilidad de transgredir formalmente el mandato Constitucional *non bis in idem* y en este caso será la Corte Constitucional la llamada a determinar si el literal i) del numeral 7 el derecho a las personas a la defensa del artículo 76, capítulo VIII Derechos de Protección dice: en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso (…) numeral 7: el derecho de las personas a la defensa incluirá las sigueint4s garantías: i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. (Por mi especialidad he estudiado comparativamente varias constituciones en países multiculturales y pluriétnicos con reconocimiento del pluralismo jurídico y oficialización de la jurisdicción indígena. En el marco de un pluralismo jurídico oficial de tipo igualitario ninguna otra constitución en América Latina expresa más determinante y explícitamente el reconocimiento a la jurisdicción especial.
La Hora 30 de mayo 2010	Justicia indígena en manos de la CC. No es costumbre ancestral.	El presidente subrogante de la Corte Nacional de Justicia Rubén Bravo señaló que: "no puede ser que se juzgue un delito grave como el asesinato cobrando una multa económica, una bañada en agua fría y ortiga "esas penas no fueron tradicionales de los indígenas, porque esas eran prácticas de los dueños de haciendas, desde la colonia, que estaban sometidos a las autoridades españolas". Esta afirmación del fiscal desconoce principios esenciales del concepto de cultura que establece que ésta es histórica y resulta homogenizada de elementos "tradicionales", impuestos y apropiados que terminan por ser aceptados y

		utilizados como propios. Es tan contundente esta afirmación que sería como deslegitimar los componentes del derecho romano o el derecho francés, italiano y español que fueron introducidos y apropiados históricamente por un país como Ecuador y que integrados y homogeneizados para eliminar contradicciones están apropiados y hacen parte del derecho nacional sin distingos de sus orígenes. Dijo el fiscal que la justicia es para la solución de los conflictos internos y por ello se pedirá a la Corte Constitucional que defina qué se entiende o debe entenderse por conflictos internos que (según el texto periodístico)"no es más que riñas entre familias, robos menores o problemas de linderos". Rubén Bravo presidente de la Corte nacional lamentablemente concluyó "los indígenas" y sobre todo sus dirigentes creen que la justicia es de aplicación para todo tipo de infracción y en eso están equivocados. Ver visión de colonialismo interno indígenas pensados como menores de edad, incapaces Patricio Pazmiño, Presidente de la Corte Constitucional asevero que "esta institución no se presta para las presiones políticas, al contrario es garante y la casa de los derechos, solo pido que nos brinden el tiempo requerido para cumplir a cabalidad con nuestra tarea, nuestra resolución estará apegada a lo que dispone la constitución de la República, las leyes orgánicas, los convenios y tratados internacionales, sobre el sistema jurídico indígena".

BIBLIOGRAFÍA

Alston, Phillip. Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales. Misión A Ecuador: 5 al 15 de julio del 2010.

Araya, Alejandra (2006) «El castigo físico: el cuerpo como representación de la persona, un capítulo en la historia de la occidentalización de América, siglos XVI-XVIII». Historia Nº 39, Vol. 2, julio-diciembre. Santiago: Instituto de Historia. Pontificia Universidad Católica de Chile.

Arenas, Luis. *et al* (1997) *El desafío del relativismo,* Madrid, Editorial Trotta.

Arcos, Carlos (2003). *Ecuador: informe de seguridad ciudadana y violencia 1990-1999.* Quito: FLACSO, Ecuador.

Bartolomé, Miguel A. «La represión de la pluralidad. Los Derechos Indígenas en Oaxaca». En: *Derechos Indígenas en la actualidad*. U.A.N. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E # 59. México 1994.

Birulés, Fina. «Relativismo e historia, la actualidad de la comprensión». En: Arenas, Luis, *et al*. *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997.

Bonnett, Diana (1992). El protectorado de naturales en la Audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII. Cayambe: FLACSO, Ecuador; Abya Yala – Colección Tesis Historia.

Bouché, Henry (2001). «La Salud en las culturas». Educación Siglo XXI.

Bustos, Reinaldo (2000). «Elementos para una antropología del dolor: el aporte de David Le Bretón». En: *Acta Bioéthica* 2000; año VI, nro. 1.

Egas, Edison (2005). *Síntesis de Historia Aborigen del Ecuador y América*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVII. Driskill S.A., Buenos Aires.

Fernández, Marcelo (2004). «La ley del ayllu, práctica de *JAC*A* justicia y *JISK*A* Justicia "justicia mayor y justicia menor», en *Comunidades Aymaras*. Segunda Edición. La Paz (Bolivia): Editorial Offset Boliviano Limitada Edobol.

García, Alberto (1987). *Historia de la medicina.* España: EMALSA, INTERAMERICANA.

Geertz, Clifford. «Géneros confusos: la refiguración del pensamiento social». En: Carlos Reinoso (ed.). *El surgimiento de la antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa, 1991 [1980].

Hess, Carmen (1994) «Enfermedad y moralidad en los andes ecuatorianos». En *Salud y Antropología*.

Hoekema, André (2002). «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». En: *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Jarrín, Oswaldo (2005). *Políticas Públicas de Seguridad Ciudadana: proyecto de ley de seguridad y convivencia ciudadana.* Quito (Ecuador): FLACSO.

Kroeger, Axel (1996). «La medicina tradicional de los Andes y en el Alto Amazonas del Ecuador». En: *Antropología del Ecuador*.

Marín, Miguel (2007). «El baile de los desollados: elementos científicos en la concepción clínica del dolor». En, *THEMATA*. Revista de Filosofía. Núm. 39, 2007.

Osorio, Laura. (2002). *Los pueblos de indios vinculados con las políticas de separación residencial en el nuevo Reino de Granada*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Poveda Carlos (2007). «Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones». En: *Revista FORO* N.º 8 USAB. Corporación. Editora Nacional, Quito, II semestre 2007.

Reynoso, Carlos (ed.). *El surgimiento de la antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa. 1991 [1980].

Sánchez Botero, Esther. Peritaje para el magistrado ponente Jaime Araujo Rentería de la Corte Constitucional de Colombia.

Sánchez Botero Esther (2005) *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Universidad de Ámsterdam. UNICEF. Gente Nueva. Bogotá, 2005.

Sánchez Botero, Esther (2000) *La Jurisdicción especial indígena*. Coautora con Jaramillo Sierra Isabel Cristina. Procuraduría General de la Nación. Imprenta Nacional.

Sotelo, Luis. ¿Puede ser imparcial el juez constitucional? Inédito.

Suárez, Roberto (2001). «Salud-enfermedad: una categoría a repensar desde la antropología». Roberto Suárez, compilador. *Reflexiones en salud: una aproximación desde la antropología.* Colombia: CESO; Departamento de Antropología; Uniandes.

Thompson, Julie. Capítulo II. «Transdisciplinariedad: discurso, integración y evaluación». Trabajo presentado al 2.º. Seminario Bienal Internacional de Complejidad, La Habana, 2004. [en línea]. Disponible en <http://168.96.200.17/gsdl/cgi-bin/library?e=d-000-00---0bcvirt--00-0-00prompt-1040-0l-1-es-50-20-help-00031-001-1-0utfZz-8 00&cl=CL1.18&d=HASH0137efa5987414d833cac141&x=1>, s/p.

Weismantel, Mary (1994). *Alimentación, género y pobreza en los andes ecuatorianos.* Quito: Abya-Yala.

Documento de Archivo:

AHCM/Q Archivo Histórico del Convento Mercedario, Quito: Constitución Sinodal de 1594.

Artículos de prensa:

El Comercio (2010). «Dos temas unen a los legisladores indígenas». 22 de mayo. Por Redacción política.

El Comercio (2010). «Indígenas acudieron a la Corte Constitucional». 9 de junio. Quito

El Universo (2010). Gustavo Jalkh: «Tenemos aumento del 5 % en homicidios». 23 de mayo. <http://www.eluniverso.com/2010/05/23/1/1355/estrategias-policiales-resultan-algunas-modalidades-delito.html>.

El Universo (2010). «Asambleísta Tibán defiende justicia indígena». 26 de mayo.

El Universo (2010). «Quishpe vuelve a casa e insiste en que se declaró culpable por presiones». 28 de mayo. Guantopolo, Cotopaxi. Por, Lorena Álvarez.

El Universo (2010). «Apresados 5 acusados en La Cocha». En, sección Actualidad, 29 de mayo. Quito-Latacunga. Por, Lorena Álvarez.

El Universo (2010). «Al grano». En, 4 sección Actualidad, 29 de mayo. Quito. Por Eufemia Salazar.

El Universo (2010). «Ajusticiamiento en La Cocha lo resolverá la CC». 14 de octubre. Quito.

El Telégrafo (2010). «Corte Constitucional. Caso La Cocha será analizado». 9 de junio.

El Telégrafo (2010). «Circunscripción territorial no va a salir de Cootad». 29 de julio. Quito. Por Verónica Galarza.

El Telégrafo (2010). «De 20 a 30 leyes por año». En, 02 Entrevista: Doris Soliz. Agosto, 2. Ecuador. Por Julia Chávez.
El Telégrafo (2010). «Ajusticiamiento en La Cocha. Juez alista una resolución». 14 de octubre.
La Hora (2010). «La justicia indígena en el ojo del huracán». En, B4 «Sección País». 25 de mayo.
La Hora (2010). «Justicia indígena en manos de la CC». En, B5 Sección Justicia. 30 de mayo.
La Hora (2010). «El caso La Cocha va a la CC hoy». En, B5 sección Justicia. 8 de junio.
La Hora (2010). «Familias de Marco Olivo piden acción de protección». 9 de junio.
El Hoy. «Indígenas no confían en justicia ordinaria» (3-08-2008). <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/indigenas-no-confian-en-justicia-ordinaria-316836.html>.
El Hoy (2010). «Indígenas alistan tácticas para frenar ley mordaza». 10 de julio.
El Hoy (2010). «M. Santi aspira fallo contra proyecto». 12 de julio.
La Hora (2010). «Torturar y matar no es justicia indígena». En, B5 sección Justicia. Junio, 20.
Espinosa, José (2010). «Justicia Indígena» En, La Hora. Revista Judicial No. 9050. Quito, Ecuador. Noviembre, 11, pp. 2-3.
La Hora (2010). «*Non bis in idem*». Noviembre, 16. Por, Eduardo Calero.
Expresó (2010). «Dirigentes exigen respeto a la justicia aplicada por indígenas». 14 de octubre.
Expresó (2010). «Juristas encuentran vacíos en aplicación de esta justicia».
Expresó (2010). «Justicia ancestral. Indígenas presentan acción en CC». 9 de junio.
Expresó (2010). «Reglamentar la justicia indígena». Junio, 11. Por, Saúl Mayorga Puma.
Expresó (2010). «Investigación por caso de Justicia Indígena. La Corte Constitucional irá a La Cocha por testimonios de involucrados». 11 de junio.
Expresó (2010). «La votación en el plenario se hará este mes. Cordero objeta aplicación de consulta prelegislativa». Julio, 2. Redacción Guayaquil.
La conformación de «un estado dentro de otro» no está en la agenda indígena, según Delfín Tenesaca. La movilización indígena en Cuenca se efectuó con normalidad». 2010-03-04. <http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/conformacion_de_quotu...>.
«Asambleístas rechazan ajusticiamientos indígenas. La Comisión de Derechos Colectivos prepara un proyecto de ley para limitar la aplicación de esta forma de justicia». 2010-05-27. Disponible en: <http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/asambl...>.
«Orlando Quishe volvería a ser juzgado. El Defensor Público precisa los límites de la justicia indígena». En: ECUADORINMEDIATO. 2010-05-31. Disponible en: <http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/orlan...>.
«La Cocha vs. el Estado: la pugna sigue». 8 de junio de 2010. <http://www.b10.com.ec/2010/06/10/la-cocha-vs-el-estado-la-pugna-...>.
«Comuneros de Guantopolo pidieron la libertad de Orlando Quishpe y de sus cómplices a la justicia ordinaria». 14 de julio de 2010. Cotopaxi. Disponible en: <http://www.b10.com.ec/2010/07/15/debate%c2%bfjusticia-indigena...>.

Leyes y Códigos

Código Orgánico de la Función Judicial.
Código Penal.
Constitución de la República del Ecuador, 2008.
Convenio 169 de la OIT y la Declaración de pueblos indígenas de las Naciones Unidas.
Colombia. Corte Constitucional. *Sentencias*, «Sentencia U-510», M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998.
Ley de Organización y Régimen de Comunas.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.