

Pluralismo Jurídico



umbral
REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Nº 4, número extraordinario, TOMO II, jun.-dic. 2014 / ISSN: 1390-6615

umbral

Revista de Derecho Constitucional

ISSN: 1390-6615

Nº 4, Tomo II, jun.-dic. 2014

Quito - Ecuador



Umbral: Revista de Derecho Constitucional / Corte Constitucional del Ecuador; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional; Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. no. 4, t. II. Quito: CEDEC., 2014.

ISSN: 1390-6615

1. Derecho constitucional. 2. Pluralismo Jurídico. I. Moreano, María José, dir. II. Título.

CDD: 342 CDU: 342 LC: K3154.C46 2012

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador
Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patrício Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

María José Moreano Rodríguez
Directora Ejecutiva del CEDEC (e)

Antonio de Cabo de la Vega
Presidente Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS)
Director de Ágora. Revista de Ciencias Sociales

Yolanda González
Edwin Madrid
Coordinación General

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Telf.: (593-2) 394 1800
www.corteconstitucional.gob.ec

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)
Av. 12 de Octubre N23-99 entre Wilson y Veintimilla, piso 4
Telf.: (593-2) 394 1800 ext. 2101 - 2104
publicaciones@cce.gob.ec

Diseño, Diagramación e Impresión
La Oficina. Av. 10 de Agosto N53-42
Telf.: (02) 2412 004

Diego Núñez - Eduardo León
Corrección de Estilo

Galo Ricaurte
Concepto de Portadas

Kaithzer Morejón
Ilustraciones

Quito – Ecuador

©umbral N° 4 t. II, jun.-dic. 2014

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional.
Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

Umbral, Revista de Derecho Constitucional, es una publicación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), creada con el propósito de difundir y generar debate y reflexión sobre teoría jurídica, derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional. Está dirigida a los actores jurídicos, abogados, investigadores, estudiantes y toda persona interesada en temas que contribuyan a la formación de una nueva cultura jurídica constitucional ecuatoriana.

Este número extraordinario de la Revista Umbral N° 4 Pluralismo Jurídico (Tomo I y II) es producto de la cooperación interinstitucional con la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales. Es así que Ágora, Revista de Ciencias Sociales, suma sus esfuerzos a la Revista Umbral para profundizar la comprensión del Pluralismo Jurídico.

Envío de artículos, información, solicitud de canje, así como suscripciones, pedidos y distribución:
publicaciones@cce.gob.ec

DIRECTORA DE UMBRAL
María José Moreano Rodríguez

COMITÉ NACIONAL

Marco Navas Alvear
Universidad Andina Simón Bolívar

Gina Chávez Vallejo
Instituto de Altos Estudios Nacionales

Xavier Garaicoa
Universidad de Guayaquil

Alfredo Ruiz Guzmán
Universidad de Guayaquil

COMITÉ INTERNACIONAL

Antonio de Cabo de la Vega
Universidad Complutense de Madrid

Oscar Correas
Universidad Nacional Autónoma de México

Francisco Zúñiga Urbina
Universidad de Chile

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Gerardo Pisarello
Universidad de Barcelona

Índice

| | |
|--|-----|
| Presentación | 9 |
| Patrício Pazmiño Freire – Antonio de Cabo de la Vega | |
| Editorial | 13 |
| María José Moreano Rodríguez- Fabián Soto Cordero | |
| Antonio de Cabo de la Vega- Yacotzin Bravo Espinosa y E. Liliana López López | |
| Debate & Reflexión | |
| Pluralismo jurídico e interlegalidad: debates antropológicos para pensar el Derecho Indígena y las políticas de reconocimiento | 33 |
| María Teresa Sierra | |
| Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los Sistemas Normativos Indígenas | 57 |
| Asier Martínez de Bringas | |
| El desafío de los sistemas jurídicos indígenas: más allá de los paradigmas de reconocimiento | 87 |
| Rachel Sieder | |
| El pluralismo jurídico desde experiencias concretas | |
| Principios filosóficos del Ñuu Savi | 103 |
| Francisco López Bárcenas | |
| La reconstrucción de la autonomía indígena como parte del proyecto de descolonización en Bolivia: el caso de Jesús de Machaca | 133 |
| Marco Aparicio Wilhelmi | |
| El aporte del EAPI al proceso de reivindicación indígena y al pluralismo jurídico en México | 147 |
| Jesús de la Torre Rangel | |
| Jurisprudencia comentada de la Corte Constitucional del Ecuador: Caminando al pluralismo jurídico en el Ecuador | |
| La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador | 167 |
| Secretaría Técnica Jurisdiccional. | |

| | |
|---|-----|
| Comentarios a la sentencia N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP “La Cocha” (Acción Extraordinaria de Protección). | |
| Alcances de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria..... | 181 |
| <i>Ruth Seni Pinoargote.</i> | |
| Argumentos respecto del voto salvado en la sentencia N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP “La Cocha” | 187 |
| <i>Marcelo Jaramillo Villa</i> | |
| Comentarios a la Sentencia N° 004-14-SCN-CC , caso N° 0072-14-CN Waorani – Taromenane. Marcando el paradigma intercultural de justicia. | 191 |
| <i>Manuel Viteri Olvera</i> | |
| Comentarios a la Sentencia N° 006-14-SCN-CC, dictada dentro del caso No. 0036-10-CN y 006-11-CN acumulados. Consulta de Norma | 197 |
| <i>Alfredo Ruiz Guzmán</i> | |
| Anexos, textos íntegros de las Sentencias: | |
| Sentencia N° 0008-09-SAN-CC. Caso N° 0027-09-AN. Amawtay Wasi | 205 |
| Sentencia N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP. “La Cocha”. (Acción Extraordinaria de Protección)..... | 233 |
| Sentencia N° 004-14-SCN-CC , caso N° 0072-14-CN Waorani – Taromenane | 301 |
| Sentencia No. 006-14-SCN-CC, dictada dentro del caso No. 0036-10-CN y 006-11-CN acumulados. Consulta de Norma..... | 331 |
| <i>Colaboradores/as.....</i> | 351 |

Presentación

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador

Antonio de Cabo de la Vega
Presidente de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS) - Director Ágora

La ambiciosa apuesta por el pluralismo jurídico

Patricio Pazmiño Freire
Antonio de Cabo de la Vega

El número 4 de la Revista Umbral (*tomos I y II*), es producto de una importante serie de esfuerzos realizados por esta Corte Constitucional para impulsar la difusión del conocimiento constitucional en el país.

Se trata de un número extraordinario, porque supone una publicación conjunta con Ágora, Revista de Ciencias Sociales, como resultado del convenio de cooperación interinstitucional firmado el 28 de marzo de 2014, entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales de España; y, también porque en sus dos tomos, se aborda un tema monográfico de la máxima importancia: el pluralismo jurídico, en donde se recogen, pues, algunas de las contribuciones más destacadas al estudio de este complejo problema jurídico y, en su conjunto, se ofrece una panorámica completa de la evolución doctrinal en este tema.

De esta forma, ambas instituciones, aúnan sus voluntades para presentar un conjunto de investigaciones de máxima calidad y relevancia para el momento actual, articulando los progresos y avances teóricos de ambos lados del océano.

La Constitución de Montecristi ha configurado al país como un Estado pluricultural, plurinacional y multiétnico que se construye, justamente, sobre la riqueza incomparable que esta diversidad nos ofrece destacando la pluralidad jurídica que se deriva del reconocimiento de la justicia indígena, desde su propio conjunto de normas y tradiciones en las que se asienta.

Para la realización de este número extraordinario, la Corte Constitucional también ha contado con el valioso aporte de los becarios del programa Prometeo que han trabajado a lo largo de este año 2014 en diferentes proyectos de investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, contribuyendo a la consecución de uno de los objetivos de este programa del Estado ecuatoriano: compartir e intercambiar conocimientos; además, se contó con la participación del Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar, que conjuntamente con el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, han realizado la coordinación de esta publicación.

Como complemento e ilustración a los trabajos aquí editados, se incluye, por un lado, un estudio sobre la interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, elaborado por la Secretaría Técnica Jurisdiccional, acompañado por la sentencia 008-09-SAN-CC, y por otro lado, los resúmenes y comentarios de los argumentos desarrollados y voto salvado en las sentencias: 113-14-SEP-CC, 004-14-SCN-CC y 006-SCN-CC, realizados por los correspondientes jueces ponentes, decisiones que se anexan al final de esta entrega.

La razón de publicar aquí este trabajo y estas resoluciones, buscando con ello su máxima difusión, es facilitar su conocimiento dentro y fuera del país y, más concretamente, fomentar en el foro académico su estudio y análisis minucioso.

Debemos destacar que se trata de las primeras decisiones jurisdiccionales que abordan a profundidad al tema de la justicia indígena y, como tal, suponen los primeros pasos en la configuración constitucional de las relaciones entre las diferentes jurisdicciones existentes en el país. No debemos ignorar la notable complejidad que los asuntos resueltos entrañan y que, como en tantas otras decisiones que adopta la Corte Constitucional, exigen un estudio meticuloso de los hechos, de las condiciones materiales en las que aquellos se producen y de los preceptos constitucionales que los regulan.

Por tanto, no tiene que sorprender que existan, en relación con estos y otros temas, considerables discrepancias, no sólo en la propia Corte Constitucional, como se refleja en el voto salvado, y en el foro jurídico, sino, sobre todo, en la propia sociedad.

Estos son los efectos de la ambiciosa e innovadora apuesta de la Constitución de Montecristi de crear un Estado intercultural, plurinacional y multiétnico, con su correspondiente expresión de pluralismo jurídico, tanto sustantivo, como jurisdiccional. Es respondiendo a estos desafíos, y no eludiéndolos, y mediante la razonada participación de los diferentes actores sociales y jurídicos que iremos construyendo el Estado de derechos y justicia, del buen vivir y la sociedad del sumak kawsay que nos obliga la Constitución.

Editorial

**María José Moreano Rodríguez y
Fabián Soto Cordero**

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador

Antonio de Cabo de la Vega

Presidente de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS) - Director Ágora

**Yacotzin Bravo Espinosa y
E. Liliana López López**

Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar

Editorial

María José Moreano Rodríguez¹

Fabián Soto Cordero²

Antonio de Cabo de la Vega³

Yacotzin Bravo Espinosa y E. Liliana López⁴

La presente entrega de la Revista Umbral surge como resultado de la cooperación interinstitucional entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS), mediante la cual ambas instituciones se han comprometido a fomentar y promover el debate jurídico e impulsar publicaciones conjuntas. Es así que Ágora, *Revista de Ciencias Sociales*, suma sus esfuerzos junto a la *Revista Umbral* para dedicar este número extraordinario a profundizar la comprensión del pluralismo jurídico, un tema cuya discusión empezó ya hace algunas décadas, pero que posee hoy renovada relevancia. En sus inicios, el discurso del pluralismo jurídico resultaba para muchos un exotismo o un desvarío teórico cuya debilidad de cimientos debía ser exhibida.⁵ Desde entonces, el pluralismo jurídico (en adelante PJ) ha ganado terreno. Aunque aún está lejos de convertirse en sentido común, sus planteamientos y la discusión que ha propiciado, han logrado hacer mella en la perspectiva dominante del Derecho. Muchos de los postulados de ésta fueron asumidos, al parecer sin crítica de por medio, por parte de la Teoría Jurídica y la Sociología del Derecho, con lo cual ambas contribuyeron activamente a consolidarla y reproducirla.

De modo que, una de las principales contribuciones de la discusión iuspluralista, es haber logrado poner en cuestión la imagen monolítica del Derecho que dicho paradigma ostentaba, al tiempo que desplazaba la atención hacia las aristas olvidadas y suprimidas por éste. Si bien otras posiciones también levantaron críticas respecto de la supuesta unidad, coherencia y neutralidad jurídicas, el pluralismo jurídico tuvo el distintivo de subordinar estos cuestionamientos en uno más general que desafía la afirmación principal

¹ Directora Ejecutiva (e) del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

² Coordinador (e) del Área de Investigación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.

³ Director de Ágora y Presidente de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales de España

⁴ Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar. Es un espacio integrado por mujeres y hombres que desde la investigación, la enseñanza y la praxis jurídico política construye colectivamente perspectivas críticas del derecho, con y desde los pueblos.

⁵ Tamanaha, Brian, "La insensatez del concepto "científico social" del Pluralismo Jurídico" en Daniel Bonilla y otros, *Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana; Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007 (1993).

del sentido común sobre el Derecho en la modernidad: el Derecho es sólo Derecho estatal.⁶ Fuera de la discusión pluralista este cuestionamiento ha tenido y sigue teniendo reacciones que menosprecian el análisis que el PJ plantea; dentro de ella, el debate tiene muchos retos respecto de los cuales el *hilado fino*, argumentalmente hablando, sigue construyéndose.

¿Por qué entonces es importante hoy este esfuerzo conjunto dedicado al pluralismo jurídico? Las motivaciones son diversas, pero podríamos destacar dos. En primer lugar, porque considerando que éste ha demostrado ser una herramienta analítica potente para comprender la configuración jurídica contemporánea, resulta oportuno expandir, profundizar y complejizar sus proposiciones teóricas. La discusión iuspluralista inicial contribuyó a visibilizar y a categorizar fenómenos dentro del Derecho que otras posiciones teóricas no permitían analizar. Pero una vez cumplida esta tarea, la necesidad teórica apunta hacia la profundización y el refinamiento teórico, y hacia la retroalimentación que los estudios empíricos de los derechos no estatales, puedan aportar a la teoría.

En segundo lugar, implica efectuar una observación al fenómeno desde su dimensión práctica, en la que es preciso comprender el papel que desempeña el Derecho en la transformación social. Esta motivación se conecta directamente con y presupone en cierta medida, la anterior, pues sólo el entendimiento de las piezas de la configuración jurídica actual, nos permitirá saber qué aspectos hay que cambiar, cuáles conviene fortalecer y qué obstáculos se presentan en ambos procesos al momento en que la normativa y la dogmática convergen en su aplicación, a fin de aclarar la manera en que progresivamente proyectan su composición y fijan su lugar en el orden jurídico.

Si se ha afirmado que el PJ permite tener un conocimiento más profundo y atinado de la configuración jurídica actual, es porque proporciona herramientas conceptuales para analizar las dinámicas que el Derecho y lo jurídico presentan. Dinámicas tales como: la influencia ejercida por diferentes agentes externos (instituciones financieras, corporaciones, entre otras) sobre los agentes nacionales autorizados para la producción jurídica; la formación de derechos no estatales y/o la revitalización de otros, que unas veces conviven, otras colisionan y otras más, complementan el Derecho estatal; la zona difusa de intersección o de confusión de normas y prácticas jurídicas generada por la relación entre estos derechos: los no estatales, dentro o fuera de las fronteras de los Estados y los propios derechos estatales,⁷ entre muchas otras.

6 Bonilla, Daniel y Ariza, Libardo, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" en Daniel Bonilla et al *Pluralismo Jurídico*, Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana; Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007; Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord. y coautor), *Pluralismo Jurídico. Teoría y experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007; Ochoa García, Carlos, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, CHOLSAMAJ, Guatemala, 2002.

7 Una investigación de gran calado que ilustra la potencia teórica del pluralismo jurídico analizando muchos de los aspectos mencionados sobre el caso colombiano fue coordinada por Mauricio García Villegas y

Una parte muy importante de los estudios desarrollados con un enfoque de pluralismo jurídico ha sido dedicada al análisis de los derechos no estatales con rasgos contrahegemónicos, alternativos o liberadores.⁸ Esta tendencia, ha sido de una utilidad innegable, pues ha permitido conocer el comportamiento de sistemas jurídicos que el paradigma dominante desechó, junto a los cuales desperdicó también el caudal de experiencias socialmente transformadoras que habría en su seno. Dichos estudios también han posibilitado la obtención de una cartografía más acertada sobre el funcionamiento del propio Derecho estatal, pues han revelando aristas desconocidas del mismo, detonadas por la revitalización o la emergencia de esos otros derechos. En este rubro, el estudio del Derecho de los pueblos indígenas ha tenido un papel protagónico pues ha sido particularmente oportuno para justificar y apuntalar las luchas y demandas de diferentes pueblos originarios.

Sin embargo, conocer a profundidad cómo es la configuración jurídica de nuestros tiempos, requiere no sólo la búsqueda arqueológica⁹ y la recuperación de los derechos sepultados y olvidados por el paradigma dominante –generalmente intranacionales–, sino que requiere también el estudio de la otra arista de la pluralidad jurídica, esa que presenta características conservadoras o reaccionarias.¹⁰ El conocimiento sobre cómo opera este tipo de pluralidad jurídica conservadora, es igualmente importante¹¹ que el que intenta elucidar cómo opera aquella con rasgos alternativos, entre otras razones, porque permite localizar y categorizar los obstáculos que supone para la transformación social ya que, si bien suele ubicarse fuera de las pluralidades jurídicas de corte emancipador, podría potencialmente alojarse también dentro de ellas.

Boaventura de Sousa Santos, *Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomos I y II, Colciencias; Instituto Colombiano de Antropología e Historia; Universidad de Coimbra, CES; Universidad de los Andes; Universidad Nacional de Colombia; Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.

8 Wolkmer, Antonio C., "Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina" en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord. y coautor), *Pluralismo Jurídico. Teoría y experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007; Sánchez Rubio, David, "Pluralismo Jurídico y emancipación, a partir de la obra de Antonio Carlos Wolkmer", en el mismo volumen; Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez, César (editores). *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, México, 2007.

9 Santos, Boaventura de Sousa, *Critica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común, la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

10 Wolkmer, Antonio C., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, Editora Alfa Omega, São Paulo, 2001; Wolkmer, Antonio C., "Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina" en Jesús Antonio de la Torre Rangel, *op. cit.*

11 Al respecto, véase los artículos de Aleida Hernández y de André Hoekema en este número; Hernández Cervantes, Aleida, *Las transformaciones del Estado y del Derecho en el contexto de la globalización económica*, Tesis de doctorado en Derecho, Facultad de Derecho-UNAM, 2010 (disponible en <http://132.248.9.195/ptb2011/marzo/0667872/Index.html>); Buchanan, Ruth, "Reconceptualización del derecho y la política en lo transnacional: Acercamientos pluralistas constitucionales y jurídicos", en Óscar Correas (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, CEIICH, UNAM-Ediciones Coyoacán, México, 2007.

Todo el curso de lo hasta aquí señalado, ha dado como resultado el *arcoíris teórico* que es actualmente el pluralismo jurídico –en alusión a ello es que en estos tomos nos referimos constantemente al término en plural–, esto es, a los pluralismos jurídicos. Continuar su edificación hoy, demanda la profundización del debate teórico iuspluralista; la discusión y diferenciación de aspectos, de relaciones y de conceptos, (como es el propio contenido que se le da a la palabra derecho, que sigue siendo todavía muy amplio y ambiguo); el incremento de estudios de caso con base empírica, que ayuden a despejar algunas interrogantes a partir del arraigo concreto de sus reflexiones, al tiempo que abran otras; el análisis tanto de los derechos no estatales de corte contrahegemónico, como los de corte conservador; y de forma relevante, el reforzamiento del diálogo entre las distintas vertientes que componen el pluralismo jurídico, requisito indispensable para refinar y fortalecer la teoría.

En el esfuerzo por atender algunas de esas necesarias discusiones; así como de su aplicación práctica es que se organizó el contenido de estos dos tomos de Umbral. En ellos, se ha procurado conjugar tanto voces experimentadas que tienen ya una trayectoria amplia dentro de los estudios del pluralismo jurídico a nivel internacional. También se ha estimado necesario incluir de manera destacada, prácticas y perspectivas que hablen sobre y desde distintas latitudes de América Latina, para finalmente dedicar un amplio espacio a la experiencia jurisdiccional ecuatoriana, exponiendo las sentencias de la Corte Constitucional, cuyos pronunciamientos involucran el uso de interpretación intercultural, dando plena vigencia al PJ.

En trazos muy generales, podemos decir que este número extraordinario se dedica a contribuir a la comprensión del pluralismo jurídico desde dos bases paralelas; una eminentemente teórica y la otra desde una visión empírica, articulando la sección **Debate & Reflexión**, donde se prolongan algunos debates doctrinarios y conceptuales de corte más general y se analiza la relación entre globalización económica y pluralismo jurídico, a partir de la cual se distinguen expresiones tanto contrahegemónicas como conservadoras. Ya en el segundo tomo, dentro de la misma sección, se aglutina trabajos que reflexionan de forma específica respecto de los pueblos indígenas. Estos como ya hemos adelantado, han merecido un espacio copioso y un lugar destacado, dentro de los estudios desarrollados bajo la óptica del pluralismo jurídico y el análisis de experiencias concretas, las cuales han integrado la construcción del pluralismo jurídico desde el derecho comparado.

Finalmente, se encuentra la sección de **Jurisprudencia**, en donde se acopla la presentación de las decisiones más representativas y paradigmáticas de la administración de justicia constitucional ecuatoriana con relación al tratamiento del pluralismo jurídico, cuyo aporte despeja el entendimiento de elementos determinantes en el equilibrio de la justicia estatal e indígena al interior del país andino, las mismas que además, se anexan íntegramente al final de este número extraordinario.

De esta forma, el primer tomo contempla en su primera parte, como eje articulador “*El pluralismo jurídico. Algunos debates teóricos*”, integrado por cuatro ensayos. En el primero de ellos “*El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho*”,

E. Liliana López López defiende primero la pertinencia del uso del concepto *paradigma* para referir como tal al pluralismo jurídico; éste cuestiona las limitaciones del *paradigma dominante* en el Derecho, rivaliza con él y propone una concepción alternativa del Derecho y lo jurídico. Después de hacer un repaso por algunos de los más importantes exponentes que sentaron las bases del PJ, López sintetiza las principales coordenadas teóricas que dicho *paradigma* plantea para el estudio del derecho. En dicha síntesis menciona el aserto fundacional del PJ y que genera indiscutidas y más abundantes adhesiones: que el Derecho no es sólo Derecho estatal. López nos recuerda que esta afirmación obliga a formular una revisión profunda respecto de cómo se concibe el Derecho. Pero tal como lo expone la autora, el pluralismo jurídico tiene muchas más implicaciones para la teoría, que se desprenden de las anteriores. El aspecto más sugerente que Liliana López plantea es el esbozo de los presupuestos teórico-epistemológicos que el PJ involucra, pues representa un esfuerzo por articular y al mismo tiempo trascender, aspectos que ya forman parte de los análisis iuspluralistas –como la *interlegalidad*-. La autora expone y profundiza en cinco presupuestos que supondría todo análisis enmarcado en el pluralismo jurídico: el cuestionamiento de la separación positivista entre el *ser* y el *deber ser* del derecho; la vinculación integral con su contexto social que reeuiere todo análisis sobre el derecho; el desplazamiento del Estado como centro analítico privilegiado; la inclusión en el análisis jurídico de los elementos sustanciales junto a los formales y por último, a partir de los cuatro aspectos anteriores, la reconstrucción de la idea de *objetividad* en el análisis jurídico.

El segundo artículo es “*Otros nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del derecho*”, donde Alejandro Medici refuerza las limitantes del *paradigma hegemónico* del derecho, que él refiere como monista y analítico. Éste tiene características propias de la modernidad occidental colonial que estrechan la experiencia jurídica: es monocultural y monista, hiperespecializado, fragmentador. Pero la crítica que más enfatiza el autor es en su abstracción y descontextualización, que impide interrogar por los contextos históricos y culturales tanto de los sujetos creadores como de los destinatarios del Derecho. Medici opone a éste el *paradigma pluralista* y narrativo que afirma la existencia de una indisoluble relación entre narratividad y prescripciones, ya que toda prescripción – tanto en los sistemas normativos como en los jurídicos– se formaliza mediante el lenguaje. De este modo, el Derecho es concebido como un tipo de narratividad propia de imaginarios sociales plurales. Al mundo normativo compuesto por narrativas y prescripciones se llama *nomos*, de manera que habrá tantos nomos como *comunidades nómicas* existan. El autor delinea la propuesta del *paradigma pluralista* y narrativo confrontando las diferencias entre el *Derecho analizado*, y el *Derecho narrado*. El primero, distintivo del *paradigma monista analítico* se construye a partir de la negación de la pluralidad social, de su separación como lenguaje técnico especializado, de su distinción respecto de los otros campos sociales, así como de los contextos histórico y culturales de los sujetos que lo enuncian. El segundo en cambio, es un Derecho situado social y culturalmente, penetrado por significaciones de valor y finalmente abierto a las narraciones, mitos y ficciones que le otorgan fundamento.

Luisa Fernanda García Lozano en “*Pluralismo jurídico: Nuevos constructos para microsociedades*” llama la atención sobre algunos riesgos que habitan en el ejercicio del

pluralismo jurídico. Después de repasar los orígenes del debate iuspluralista, donde trae a cuenta a importantes autores tanto en la línea de la teoría del Derecho como en la línea de la antropología y sociología jurídicas, García vincula el concepto de *microsociedades* con la emergencia de derechos no estatales. Según explica, una diversidad de *microsociedades* coexisten al interior de la sociedad; cada una con ideología, cultura, orden, estructura social y dinámica propios que las distinguen de otras. El Estado al pretender homogeneizarlas, lanzó al olvido y a la marginalidad a muchas de ellas, y fue esa negación, la que propició que construyeran sus propios modelos de organización y ordenamiento jurídico. A la sazón, el Estado –la referencia particular es al colombiano– pretendió respetar la diversidad de esas *microsociedades*, mediante la formulación de nuevas construcciones jurídico-institucionales. Pero las asimetrías entre aquellas subsistieron, provocando choques entre sí. Según la autora, el reto de esas nuevas construcciones está en evitar que en aras de un pretendido respeto a la pluralidad jurídica se repita la oclusión y la subordinación de realidades sociales, este peligro podría conjurarse a través del diálogo entre *microsociedades* y de la reconceptualización jurídica y política de dichos constructos.

David Sánchez Rubio en *“Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico”* hace un análisis crítico del papel del Derecho Penal como esquema punitivo estatal así como de los derechos humanos hegemónicos configurados en el contexto capitalista latinoamericano y, frente a ellos, muestra las alternativas de derechos humanos antihegemónicos, las posibilidades de la interculturalidad y las pluralidades jurídicas penales. La hipótesis fundamental del autor, es que el dispositivo de inversión o reversión ideológica de los derechos humanos –que implica garantizar los derechos humanos vulnerándolos–, es usado por las clases más poderosas, que emplean como instrumento el Derecho Penal y todo el sistema punitivo, para consolidar un sistema de control y de dominación estructural, clasista y de género.

El dispositivo de inversión ideológica tiene dos planos de afectación sobre la vida humana. El primero (a) es la inversión de normas concretas producto del dispositivo de crimen-castigo o esquema punitivo que implica que alguien es penalizado porque se considera que ha violado gravemente la ley; este esquema es legitimado y naturalizado por una presunción de racionalidad basada en los principios de legalidad y debido proceso, así como del uso de poder político y jurídico estatal. No obstante, está anclado a una lógica arcaica de la ley del talón. En una abstracción de las demandas específicas de los sujetos y su absolutización, oculta las concreciones históricas en que se encarnan los reclamos, y, por último, invisibiliza los contextos de los estados constitucionales latinoamericanos donde predominan sistemas estructurales de desigualdad, violencia, injusticias y dominación económica, ideológica, cultural, étnica, racial, sexual y de género. El segundo plano de afectación es (b) la inversión de principios de derechos humanos organizados jerárquicamente donde los principios fundamentales se derivan de un orden de sociabilidad capitalista; las relaciones de producción y de mercado, marcan el valor fundamental de los derechos humanos, se subordinan a ellas y en ellas fundamentan su validez. De modo que, los derechos fundamentales son protegidos por el sistema penal que está encargado

de tipificar y sancionar los delitos que son contrarios a los intereses del capital. La inversión ideológica aparece cuando se imposibilita, impide y sanciona, cualquier derecho humano o reivindicación, a favor de la dignidad humana diferenciada y plural que cuestiona el derecho fundamental jerarquizado.

En contrapartida prosigue el autor, es necesario elaborar otro Derecho menos punitivo, abierto a los distintos procesos de lucha, que surja de los derechos humanos antihegemónicos con tradición alternativa liberadora y a partir de una apuesta intercultural, pluriversa, crítica y de resistencia. Esto permitirá recuperar y consolidar experiencias de pluralidad jurídica penal emancipatorias con mecanismos alternativos y menos punitivos.

La segunda parte se intitula *“Pluralismos Jurídicos en el marco del capitalismo globalizado transnacional: hegemónicos, alternativos y emancipatorios.”* El primer artículo de esta parte está a cargo de Aleida Hernández Cervantes quien nos presenta un análisis poco frecuente, y por ello doblemente valioso, de la cara conservadora del pluralismo jurídico. Su artículo *“La producción jurídica de la globalización en el marco de un pluralismo jurídico transnacional”* tiene por objetivo explicar la forma en cómo se articula el pluralismo jurídico al interior de las redes económicas globales, así como exhibir su injerencia, comportamiento y relación con los Estados nacionales, específicamente con la producción y regulación normativas.

Para Hernández, “este pluralismo jurídico de perfil global, no sólo es importante para la operación de las redes económicas globales, sino que le es esencialmente constitutivo. Su estructura y funcionamiento dependen en gran medida de dicho pluralismo jurídico global, pues ‘no se limita a proporcionar las reglas del juego, sino que constituye el juego mismo, incluyendo a los jugadores’”. Para comprender esta afirmación desarrolla de modo minucioso la caracterización y configuración, desde su génesis hasta la actualidad, de la *lex Mercatoria* como la principal expresión jurídica de los procesos económicos globalizados; posteriormente, expone la forma cómo operan los centros jurídicos transnacionales más importantes organizados en dos redes jurídicas de globalización económica: las redes jurídicas económicas transnacionales integradas por sujetos y operadores económicos supra estatales como los organismos económicos internacionales, y las redes privadas económicas de autorregulación transnacional constituidas por sujetos privados como las empresas transnacionales. Todos ellos, localizados en diversos espacios del mundo; por último, sitúa dentro de estas redes jurídicas globalizadas el papel que tiene el Derecho Internacional Público y los derechos estatales.

André J. Hoekema refuerza y complementa los planteamientos de Hernández en *“Legal pluralism: conflicting legal commitments without a neutral arbiter”*. La afirmación central de Hoekema es la ausencia de árbitro en casos de conflicto normativo en cualquier instancia es un rasgo distintivo del pluralismo jurídico –entendido éste en sentido antropológico–, afirmación que se ve confirmada una y otra vez en las diversas combinaciones de colisiones normativas posibles que se originan entre los diferentes tipos de derechos (local, nacional, internacional y transnacional).

Aunque ambos son núcleos sociales productoras de Derecho, Hoekema distingue entre *comunidades diferenciadas* y *asociaciones funcionales*. La distinción es relevante para los análisis del pluralismo jurídico porque las normas y los valores sostenidos, así como las posiciones de poder y de autoridad que poseen unas y otras, tienen características muy diferentes, y estos aspectos repercuten en el desarrollo de los potenciales conflictos normativos entre sistemas jurídicos. Hoekema apoya su afirmación en ejemplos de conflictos normativos que involucran tanto el Derecho producido en comunidades diferenciadas (en las cuales se enfoca mayormente) como el Derecho producido por asociaciones funcionales. En dichos análisis el autor muestra cómo se desarrolla la interlegalidad, —justificado así la importancia de dicho concepto— cuando el conflicto de normas se da entre los derechos no estatales y también cuando involucra al Derecho nacional, para lo cual expone situaciones específicas que ilustran y sitúan ejemplos de interlegalidad en Perú (en la gestión local del agua), México (en los juzgados mayas en Quintana Roo) y Bolivia. En contrapartida y de forma sugerente, el autor introduce el concepto de “pluralismo jurídico global” y explica su significado, al tiempo que establece la distinción entre *derecho internacional* y *derecho transnacional*. La distinción queda ilustrada cuando Hoekema plantea un potencial conflicto entre normas pertenecientes a cada uno, representado el primero por el Protocolo de Bioseguridad negociado dentro de la Convención de Biodiversidad (CBD), y el segundo por la normatividad de la Organización Mundial de Comercio (WTO). Dado el fuerte impacto que el *derecho transnacional* tiene más allá de las fronteras de los estados nacionales y la afectación que ello supone (en sentidos diferentes, por supuesto) para comunidades diferenciadas, para asociaciones funcionales y, en general, para millones de personas, es un concepto del todo relevante para los análisis enmarcados en el PJ. El autor completa el análisis con un acercamiento al Pluralismo Jurídico, también poco explorado, que tiene lugar dentro del derecho estatal.

El tercer artículo de esta sección hace un examen de la otra cara de la moneda. Antonio Carlos Wolkmer en “*Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos*”, explora los modos de construcción de un pluralismo jurídico democrático y de derechos humanos interculturales con carácter emancipatorio frente a los procesos de dominación y exclusión producidos por la globalización económica y las políticas neoliberales.

Wolkmer afirma que el pluralismo jurídico será un instrumento de lucha para combatir los males de la globalización y para legitimarse como estrategia contrahegemónica de afirmación de los derechos humanos emergentes. Pero ello, nos dice el autor, supone el reto de construir una cultura jurídica antiformalista, anti-individualista y antimonista, fundada en los valores y las necesidades de las comunidades y movimientos sociales, y vinculada a la legitimación social y a un nuevo diálogo intercultural. Esta posibilidad acontece en el contexto globalizado y neoliberal donde se abren discusiones y se buscan alternativas capaces de desencadenar directrices, prácticas y regulaciones dirigidas hacia el reconocimiento de la diferencia singular y colectiva, de una vida humana con mayor identidad, autonomía y dignidad. El pluralismo jurídico comprometido con la alteridad y la emancipación se proyecta como un instrumento contrahegemónico. Este pluralismo conduce a la discusión de una nueva cultura jurídica basada en el reconocimiento de la

justa satisfacción de las necesidades y en la acción participativa de los sujetos insurgentes, singulares y colectivos. Esa nueva cultura jurídica constituirá la posibilidad de una redefinición y afirmación de derechos humanos con perspectiva intercultural, como un espacio de transformación y de diálogo intercultural.

En cuarto sitio se encuentra el artículo que Óscar Arnulfo De la Torre De Lara nos presenta, “*Estado colapsado y paralegalidad. El Derecho que nace del pueblo como pluralismo jurídico: modernidad y tradición entreverada*”. En él, el autor contrasta dos tendencias opuestas que tienen lugar en contextos de pluralismo jurídico —si bien el autor rehúsa atribuirle ese nombre a la primera— desarrollados en la escena mexicana. De un lado, con normas, códigos y rituales, está la *paralegalidad*. Ésta no viola, sino que ignora la institucionalidad estatal y el contrato social mismo. Por esta razón, su poder disciplinario es mayor que el de la legalidad vigente; ejemplo en la reciente escena mexicana lo constituyen las acciones desplegadas por el crimen organizado. Asimismo es más peligrosa que la mera ilegalidad, pues despolitiza y silencia a partir del uso de la violencia y de una *estética del terror*, cuyos efectos contrainsurgentes se dirigen a desactivar la organización de pueblos indígenas y movimientos sociales.

En las antípodas de este proceso, De la Torre sitúa la autonomía y la defensa del territorio que ejercen los pueblos indígenas. Aquí, el autor afirma que la colonización de los pueblos indígenas de América Latina estuvo fundada en un ejercicio de *violencia fundacional* (física, epistémica, simbólica). Esa *violencia fundacional* permanece hasta hoy convertida en una violencia estructural que mantiene a dichas poblaciones en condiciones de subalternidad. Frente a la destrucción que esta violencia implica, los pueblos indígenas se han organizado para defender y conservar el control de sus territorios mediante la autonomía, con lo cual dan lugar a ejemplos de pluralismo jurídico (juridicidades) alternativos.

Carlos Rivera Lugo cierra esta sección con “*Entre el Derecho y el No-Derecho: el otro pluralismo jurídico*”, donde hace un recorrido crítico a partir de ocho proposiciones teóricas que exponen el marco en el que se desarrolla el pluralismo normativo como fenómeno normativo materialmente vivido en las sociedades contemporáneas.

A lo largo de estas ocho tesis, el autor trasciende la idea del final de la historia y la perpetuación del capitalismo, para situarse en una época de transición histórica que posee dos caras: por un lado, una profundización del control capitalista que se expande a todos los ámbitos de la vida actual y, por otro lado, el surgimiento de nuevas oportunidades para potenciar la cooperación y la solidaridad a partir de las acciones contestatarias frente a los límites y el carácter destructivo del capitalismo. Estas dos caras se desenvuelven en una organización en redes interactivas que localizan tanto procesos de explotación como de contestación en contradicción y conflicto.

En este marco, el derecho *estadocéntrico* y *legicéntrico*, ya sea en su forma de Estado neoliberal o bajo los Estados del nuevo constitucionalismo, se encuentra en creciente declive pues la producción jurídica se abre a fuentes fácticas que tienen implicaciones

estratégicas o presentan fuerza normativa. En el caso del Estado neoliberal se confunden las normas de hecho utilitarias y protectoras del beneficio privado con el tradicional Estado de Derecho. Hay una subsunción real de la vida toda, bajo los dictados del capital. En lugar de una forma jurídica como categoría lógica y absoluta en el fondo el Derecho liberal, constituye una forma históricamente determinada de regulación social: la norma-capital. No obstante, el Derecho como fenómeno social se constituye en la lucha de clases que tiene posibilidades de afirmación o negación, subversión y superación. De esta forma, se funda una pluralidad normativa que va desde las normas del mercado con sus reclamos desreguladores y privatizadores, las normas del Estado neoliberal que constituyen un Estado de sitio o excepción bajo un discurso de gobernabilidad, y las comunales con sus reivindicaciones a favor de la autodeterminación y autogestión de su gobernanza. Así, el desbordamiento del Derecho está siendo ocupado por un *No-Derecho* –Derecho vivo– producido por una diversidad de fuentes materiales, sobre todo de las comunidades y movimientos sociales en ejercicio de su derecho a darse su propio Derecho y cuyos principios rectores son el amor comprensivo, la solidaridad, el afecto, la justicia social y la cooperación. El proyecto común, concluye el autor, es la justicia. En ese sentido, la revolución de lo común es por necesidad, no-jurídica o antijurídica, es aquello nuevo que está sucediendo que lleva a nuevos horizontes de regulación social en el marco de una democracia radical. Es una normatividad societal de lo común.

El segundo tomo de este número extraordinario de la Revista Umbral, se dedica al análisis del Pluralismo Jurídico desde la posición encontrada por las prácticas ancestrales de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas en Latinoamérica. La primera parte, que lleva por nombre *Pluralismos Jurídicos y Derechos de los Pueblos Indígenas*, se abre con un artículo de María Teresa Sierra que posiciona el aporte antropológico dentro de la actual discusión iuspluralista: “*Pluralismo jurídico e interlegalidad: debates antropológicos para pensar el derecho indígena y las políticas de reconocimiento*”. Para la autora, el debate del pluralismo jurídico y la interlegalidad es de especial interés porque contribuye al análisis de los sistemas jurídicos en sus relaciones y prácticas y en particular, al estudio del Derecho indígena en su dimensión práctica y procesal en el marco de los estados poscoloniales, las reivindicaciones étnicas, la multiculturalización del Estado y la globalización neoliberal. Todos ellos temas necesarios para abordar los retos que los estados plurales tienen frente a las políticas de reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas.

Sierra parte de una visión antropológica del pluralismo jurídico, interesada en dar cuenta de la relación entre los sistemas jurídicos en su dimensión práctica, en el marco de relaciones de poder, dominación y lógicas culturales específicas. No le interesa la visión dualista del pluralismo jurídico, sino se expone a partir de la interlegalidad como su dimensión fenomenológica. En ese sentido, el pluralismo jurídico es una interrelación de sistemas normativos diferentes, particulares y con especificidades normativas que se compenetran y configuran mutuamente en un marco de lógicas de poder, dominación, luchas, reivindicaciones políticas y cambio social.

Así, desde la interlegalidad, el Derecho Indígena es resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, así como es moldeado por procesos de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes. Las expresiones, posibilidades y potencialidades del Derecho Indígena, en el marco del pluralismo jurídico e interlegal, son expuestas por la autora desde diversas experiencias de justicia indígena en México que van desde justicias subordinadas, adecuadas, en resistencia y autónomas.

Un elemento que la autora destaca en este análisis, es la dinámica interlegal que se da entre el marco jurídico de los derechos humanos y el Derecho Indígena. Esta dinámica permite observar la ida y vuelta de la interlegalidad, pues no solo los derechos indígenas se han alimentado de los nuevos ordenamientos en la materia, sino que el movimiento indígena internacional ha propiciado la discusión en instancias internacionales sobre la diferencia cultural y los derechos colectivos, cuestionando las concepciones universalistas de los derechos humanos. Por último, Teresa Sierra enfatiza que hablar de relaciones interlegales y de pluralismo jurídico plantea retos tales como dar cuenta de las estructuras de dominación y exclusión, así como exhibir las bases históricas de la desigualdad, del racismo y la discriminación.

En el artículo “*Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los sistemas normativos indígenas*”, Asier Martínez de Bringas explora las posibilidades y limitaciones del pluralismo jurídico y de los sistemas normativos indígenas, a partir del análisis por las normas internacionales a nivel universal e interamericano, así como en el ámbito normativo nacional en los procesos constitucionales latinoamericanos y en otros países del mundo.

Para dar cuenta de las limitaciones, localiza en los ordenamientos mencionados lo que denomina como el *pluralismo jurídico aparente*, constituido a partir de la jerarquización y supremacía de las normas estatales sobre las indígenas mediante procesos de asimilación, integración y subordinación jurídica. Asimismo, explora las posibilidades de los sistemas normativos indígenas, entendidos a partir de su relación dialéctica y conflictiva con los sistemas normativos del Estado, y desde su comprensión plural y compleja que implica una totalidad cosmovisional relacionada con diferentes órdenes de consideración y valoración, así como en interrelación con otros derechos colectivos como la autonomía, la territorialidad, la cultura y la jurisdicción indígena que trasciende el estrecho valor de lo jurídico.

En este sentido, el autor define al pluralismo jurídico como un marco de interacción por medio del debate, la confrontación y complementación entre los sistemas normativos indígenas y estatales; un escenario donde se produce interculturalmente, el conflicto-diálogo entre legalidades; un hecho en el “[...] que se dialectizan y se entreveran dos sistemas jurídicos diferentes y autónomos, que coexisten en el mismo campo social, cada uno válido por sí mismo en el orden de la fundamentación, sin necesidad de que ninguno de ellos tenga que remitir al otro como fuente última de validez y legitimidad”. Dentro de este marco de pluralismo jurídico es preciso tomar en cuenta tanto la concepción de lo político y la importancia de los movimientos indígenas para construirlo-negociarlo, como los cambios estructurales producidos por la globalización actual.

Martínez de Bringas analiza varios aspectos tanto en el marco de los derechos humanos y en el constitucionalismo, como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tales como la relación entre el Derecho Indígena con la cultura, lo que implica trascender la visión liberal del derecho y darle el sentido colectivo a los sistemas normativos indígenas. Examina también el derecho a la autonomía como condición de posibilidad, ya que implica el ejercicio de su propia institucionalidad, jurisdicción, territorialidad, etc.; la posibilidad de coordinación y participación entre las jurisdicciones indígenas y las estatales en relación dialógica de derechos-deberes; la relación de horizontalidad o subordinación entre la justicia indígena y los derechos humanos, donde no haya prioridad entre lo individual y lo colectivo, sino una constante tensión y confrontación para resolver los conflictos desde el análisis intercultural, localizado y situado; y, por último, la relación de los sistemas indígenas y el territorio, las tierras y recursos naturales, no sólo entendida la territorialidad como el espacio que da pertenencia a los pueblos, sus instituciones y sus normas, sino como aquel que permite el reconocimiento del Derecho Indígena y los derechos territoriales que de él se derivan para la protección de los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas frente al Estado y terceros. El autor cierra con el examen de los mecanismos de la administración e impartición de justicia en los ordenamientos interamericano y universal de derechos humanos, así como su eficacia y los recursos proporcionados desde la comprensión del pluralismo jurídico y los sistemas normativos indígenas fuertes, arriba expuestos.

Rachel Sieder en su contribución “*El reto de los sistemas legales indígenas: más allá de los paradigmas de reconocimiento*”, explora las implicaciones, los límites y los desafíos que suponen las políticas de reconocimiento aterrizando en algunos ejemplos de Ecuador, Bolivia, México y Guatemala y confronta permanentemente los avances que las políticas de reconocimiento han implicado junto a las contradicciones que su práctica supone. En el reconocimiento del pluralismo jurídico y el ejercicio de la administración de justicia las interacciones entre los distintos sistemas jurídicos (el nacional y el internacional), junto a instituciones, grupos e individuos, han modelado las identidades étnicas y las concepciones indígenas de la justicia. Asimismo conforman el marco en el que éstas se negocian y marcan así los límites entre formas jurídicas subalternas y dominantes. Pero ese es un camino de doble vía en el que la ley oficial contribuye al moldeamiento y a la revitalización de los sistemas de justicia indígenas, pero a su vez, éstos con sus prácticas resignifican y renegocian las normas; en esto, el discurso de los derechos humanos ha jugado un estratégico papel. Dicho ajuste renegociador es en sí mismo un reflejo de las tensiones al interior de los pueblos indígenas y del cambio en las relaciones entre éstos con la sociedad dominante.

Sieder apunta temas torales cuya discusión abre el reconocimiento del pluralismo jurídico: la coordinación entre el Derecho estatal y el Derecho Indígena, el lugar de las mujeres dentro de la justicia indígena, el aseguramiento de un debido proceso y del respeto a los derechos humanos. En cada uno de ellos ejemplifica los avances que algunos ordenamientos más (Bolivia y Ecuador) y otros menos (Guatemala y México) presentan. Igualmente desmonta algunas conclusiones respecto de la justicia indígena débilmente fundadas. Pero al mismo tiempo, y sin negar los adelantos, llama la atención sobre la

rearticulación de las concepciones y dinámicas hegemónicas liberales para mantener su dominio. Advierte que detrás del reconocimiento subyace la tendencia del Derecho estatal y de las élites políticas, de contraer y de subordinar el ejercicio de la justicia indígena al modelo liberal de legalidad, incluso ahí donde el reconocimiento y la instrumentalización del pluralismo jurídico es destacable –como es el caso de Bolivia. El reto está en mantener el pluralismo jurídico evitando re-subordinar el Derecho Indígena al Derecho estatal, y al mismo tiempo, respetar los derechos humanos, el debido proceso y la inclusión de las mujeres. El constante cambio y las dinámicas de los sistemas jurídicos indígenas han mostrado que es perfectamente posible combinar el respeto a la autonomía jurídica de los pueblos indígenas y la mejora en el aseguramiento de los derechos humanos.

La segunda y última parte de esta entrega extraordinaria, es dedicada a los *Pluralismos jurídicos desde experiencias concretas*, iniciando con una reconstrucción del derecho *ñuu savi* formulada por Francisco López Bárcenas en “*Principios filosóficos del Ñuu Savi*”. Aquí el autor realiza un recorrido histórico y contemporáneo de la forma de organización del pueblo mixteco o *ñuu savi* a partir de sus componentes colectivos, sus principios filosóficos, su forma de organización política y su Derecho.

Para ello, desarrolla la visión del propio pueblo a partir de los principios filosóficos y el modo de organización privada y pública, desde su mito fundacional hasta la actualidad. Según López Bárcenas, los elementos que integran esta visión son: a) el *ñuhu* como espacio de vida o territorio; b) el *ñunú* como sujeto público; c) el *tan'a* o familia integrada por parientes, compañeros y amigos como base de la organización social en dos sentidos: son los primeros lazos organizativos que construyen redes de afinidades mediante el trabajo colectivo, y es el primer espacio de resolución de determinados conflictos intra e interfamiliares guiado bajo el principio de equilibrio social; y d) el *tinu ñuu* o trabajo del pueblo que es la base de la organización pública y la comunalidad y se realiza de dos formas: mediante el trabajo colectivo obligatorio (tequio) y el servicio que se hace a la comunidad mediante cargos. Dentro de estos cargos están los *To'o sa'a nto cuechi* o *alcandes* encargados de la resolución de conflictos que funciona colectivamente y es de carácter conciliatorio. Otra instancia de resolución de conflictos dentro del sistema comunal es la Asamblea General. Y fuera de ella, está la justicia estatal a la que se recurre cuando no se pueden solucionar los conflictos al interior del sistema comunal.

Las funciones dentro del *tan'ay* de los *tinu ñuu* se guían por principios del Derecho *ñuu savi* o mixteco: *Ndoo* que es el fin colectivo de la vida social y está relacionado con la comunalidad; *Na kundeku tnaae'* significa hospitalidad y hermanamiento, y está relacionado con la pertenencia a la tierra y el paso temporal en la vida; *Na chindée tnaae'* que implica apoyarse mutuamente o solidaridad como principio de organización social; *Da'an* ó *Sa'a* que es la ayuda recíproca entre familiares y no familiares como forma de reforzar la cohesión comunal y la existencia del pueblo; *Tinu ñuu* se traduce en trabajo del pueblo y se representa mediante el sistema de cargo, no como un derecho sino como una obligación, y *Viko ñuu* o fiesta del pueblo, las cuales, son de crucial importancia para la vida y organización de las comunidades. A estos principios los acompaña el *ka'aví* como

ordenador de la vida, que implica una manera elegante y hermosa de hablar de la cual sólo son portadoras los *teé yaa nu'u*, cuyo papel es de suma importancia para la conservación y transmisión de la filosofía *ñuu savi* y de las normas del derecho mixteco.

En el segundo artículo integrante de esta última parte *“La reconstrucción de la autonomía indígena como parte del proyecto de descolonización en Bolivia: el caso de Jesús de Machaca”*, Marco Aparicio nos explica, a partir del caso del municipio de Jesús de Machaca, las características distintivas que tiene el proyecto autonómico boliviano, así como algunas de sus paradojas. Según expone esta contribución, la Constitución traza en líneas generales el desarrollo de la autonomía indígena originario campesina (AIOC), que después adquiere características específicas en el respectivo estatuto autonómico a través del cual se concreta. El estatuto autonómico machaqueño le permite mostrar algunos retos y tensiones que envuelve la consecución de las AIOC, y que hacen de éste un proceso prometedor, pero al mismo tiempo, contradictorio. Prometedor, en la medida en que la Constitución reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser parte de la estructura del Estado, lo que podría calificarse como un giro paradigmático en la forma de ejercer la libre determinación que la autonomía supone, y también en la medida en que recoge instituciones propias de los pueblos indígenas tales como el derecho al derecho propio y a las formas propias de impartición de justicia. Las características prometedoras se extienden en el respectivo y particular estatuto analizado, ya que posibilita la incorporación de elementos propios como el reconocimiento oficial del plurilingüismo y la vestimenta, con otros que fracturan las típicas formas políticas liberales, como valores y principios tradicionales, o aportaciones de lo más novedosas como la forma de gobierno en forma de *chakana*, cuyo ejercicio incorpora la dualidad hombre-mujer, entre otros.

Pero las limitaciones y el carácter contradictorio aflora en la convivencia de estas instituciones con otras que comparte con el Estado (Asamblea Legislativa Plurinacional, Tribunal Constitucional Plurinacional), y con otras más que adquieren una fisonomía híbrida, pues mezclan instituciones y rasgos propios con elementos de impronta occidental (como el órgano electoral). Si bien, esta mixtura oscila entre la inercia mimética y el movimiento táctico. El caso sugiere que la construcción de la descolonización, que tiene aquí a la autonomía –a través de su estatuto- como uno de sus eslabones, supone muchos retos y presenta límites que surgen precisamente a partir de su puesta en práctica. La superación de las dinámicas de colonización es un largo proceso en el que resulta imposible escabullirse de la promiscuidad en la que aspectos jurídicos novedosos de aspiración descolonizante, se unen con aspectos colonizadores de la tradición constitucional liberal.

Por su parte, Jesús de la Torre Rangel aporta con un acercamiento muy peculiar al Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI) en una contribución que explora la articulación entre un sector de progresista de la iglesia católica en México y el pluralismo jurídico, titulada *“El aporte del EAPI al proceso de reivindicación indígena y al pluralismo jurídico en México”*. Aquí, el autor hace un recuento de la forma en cómo se ha construido un Derecho que nace de los pueblos, ya sea en su forma de pluralismo jurídico como derecho crítico o de derechos humanos, desde el movimiento indígena en México, su

reivindicación de derechos como pueblos, así como del ejercicio de sus autonomías. Aunque para el autor, el levantamiento zapatista y su construcción autónoma y la creación de los Acuerdos de San Andrés de 1996 fueron fundamentales para la construcción indígena de su Derecho propio, la experiencia que desarrolló el *Enlace de Agentes de Pastoral Indígena*, fue cardinal.

Los conceptos fundamentales de los que parte para analizar al EAPI son: el pluralismo jurídico como un proyecto emancipador y una praxis de liberación; el derecho a tener derechos a partir de las necesidades expresadas jurídicamente como base de los derechos humanos y que en el caso del movimiento indígena esta base se traduce en el reconocimiento de la dignidad del otro como otro. La dignidad se afirma con su propuesta de valores culturales contrahegemónicos y con la producción de derecho como pluralismo jurídico. Para el EAPI –como para otros movimientos indígenas–, los Acuerdos de San Andrés forman parte del Derecho que nace del pueblo; estos acuerdos expresan *lo que es nuestro* y son la norma fundamental de su vida comunitaria.

El EAPI es un proceso indígena que inició en 1990 inspirado en la “teología india”, formado por varias comunidades, pero con autonomía de las instancias institucionales de la Iglesia. Se constituye como un espacio importante de autonomía y encuentro indígena por los derechos, su identidad y su dignidad. Se organizan en asambleas anuales donde participan alrededor de 300 personas de diversos pueblos indígenas. De la Torre Rangel sostiene que la importancia del EAPI radica en que es un espacio donde se reflexionan sus derechos, la forma de ejercerlos desde su organización y la forma de defenderlos. En ese sentido, concluye el autor, el EAPI es una aportación al proceso de reivindicación de los pueblos y comunidades indígenas desde la reappropriación del poder normativo o pluralismo jurídico, el uso alternativo del Derecho y el rechazo a las leyes que destruyen sus condiciones de vida material.

En tanto, la sección *Jurisprudencia* de la revista Umbral recoge la presentación de cuatro sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, que se anexan a este número como evidencia de una de las prácticas jurisdiccionales sobre el tratamiento del pluralismo jurídico más recientes en el país andino de modelo plurinacional, en los que se despejan una serie de puntos críticos en su derecho sobre la interculturalidad y la aplicación del Derecho Indígena y el estatal, cerrando una etapa embrionaria en cuanto la construcción de una línea divisoria respecto de los límites y alcances de su administración.

En la presentación a cargo de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional, hace un recuento del fenómeno emancipatorio indígena en el Ecuador a partir de la configuración del Estado bajo los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, cobijando los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Las decisiones mentadas marcan un hito en el compromiso por contribuir a la interpretación de los derechos desde la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pautando el origen de una línea jurisprudencial que alumbraría posteriores decisiones, prestando especial atención a la preservación de las culturas y el

respeto a su identidad, características, propiedades y circunstancias particulares, indicando que en el Período de Transición, la Corte instituyó las bases para la aplicación de la consulta previa y la interpretación intercultural, garantizando los derechos de pueblos originarios, sus usos y costumbres.

La segunda sentencia es presentada por la Jueza Constitucional Ruth Seni Pinoargote, quien actuó como ponente en el caso de la comunidad "La Cocha", en donde se suscitó una aparente superposición entre la aplicación de la Justicia indígena y la estatal en el juzgamiento de un delito contra la vida, en relación al principio de prohibición del doble juzgamiento. Esta decisión ha sido determinante para establecer una línea que aclare los alcances y los límites de ambas jurisdicciones. Mención especial merece el voto salvado del Juez Constitucional Marcelo Jaramillo Villa, quien lejos de erosionar la sentencia de mayoría apuntala su discusión y el enriquecimiento sobre el tema, aportando una visión que contribuye su escrutinio desde el foro académico o desde la incesante práctica jurídica, para fundar importantes debates respecto al paralelismo e importancia entre la justicia ordinaria y justicia indígena.

A continuación, Manuel Viteri Olvera, Juez sustanciador del fallo dentro de la consulta de norma frente al caso penal que por genocidio se impulsa contra los Waorani, un pueblo de contacto reciente, resalta la contribución de la decisión al proceso de reparación histórica de los pueblos y nacionalidades del Ecuador, mediante la interpretación del derecho interno armonizada con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el principio de interculturalidad, para descender sobre un análisis de la legitimidad de la administración de justicia ordinaria en casos que involucran a pueblos ancestrales. El análisis de la sentencia destaca la inadecuación de la privación de la libertad para ser aplicada a los integrantes de la comunidad, pues la rehabilitación social otorgada por la justicia ordinaria afectaría su integridad.

La última presentación de jurisprudencia a cargo del Juez Constitucional Alfredo Ruiz Guzmán, tiene relación con la consolidación de la administración de justicia en la materia, puesto que como ponente de la decisión, destaca la reiteración de las líneas jurisprudenciales marcadas sobre el principio de *non bis in ídem* y la competencia de ambos sistemas de administración de justicia, como son la indígena y la ordinaria, contribuyendo a entender la línea que configura su frontera común, en garantía del pluralismo jurídico en el país.

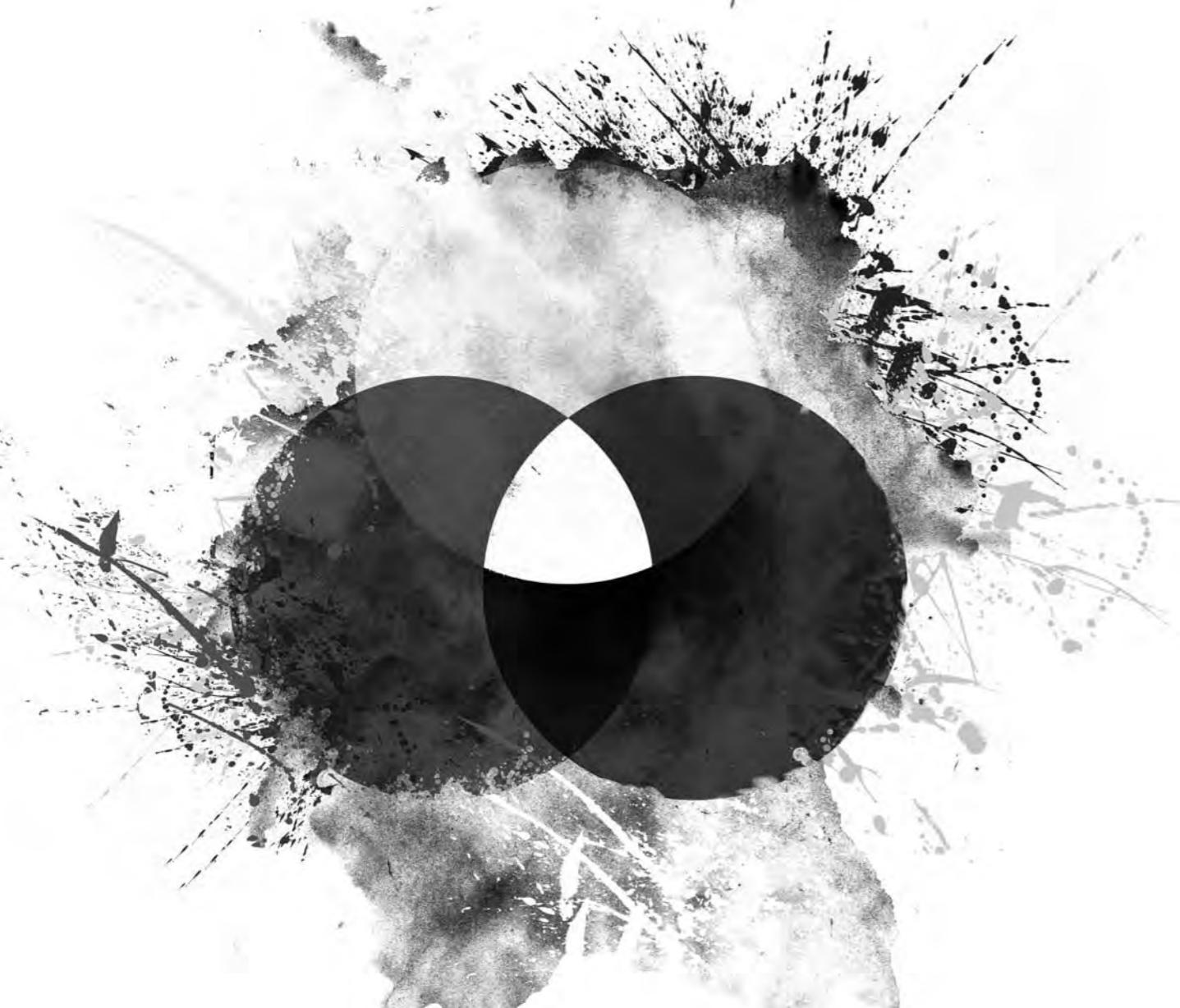
El recorrido por los diversos artículos que conforman estos tomos, muestra la profundidad y el pulso de los debates que constituyen hoy el mapa del pluralismo jurídico en los estudios sobre América Latina. Muestra también las líneas de contacto que se detectan y los diálogos abiertos por las reflexiones de autores que desde diferentes latitudes, están desarrollando investigaciones con los insumos teóricos provistos por esta perspectiva, y aporta con una muestra de su concretización en la práctica jurisdiccional latinoamericana. Esperamos pues que este aporte contribuya a trazar puentes entre autores, geografías y disciplinas; a prolongar el diálogo; a incentivar la crítica y a despertar

las preguntas fecundas que, en el esfuerzo por esclarecerse, hagan crecer al pluralismo jurídico a través del pensamiento riguroso.

Finalmente, queremos destacar este esfuerzo mancomunado, que lejos de cerrar una puerta al debate del pluralismo jurídico en América Latina, invita a la reflexión frente a la construcción de un paradigma incluyente desde una visión intercultural entre el Estado y los pueblos originarios, además de agradecer a las y los autores que participan en este número extraordinario, al Colectivo de Estudios Críticos del Derecho - Radar, a la revista *Ágora*, y la Fundación CEPS y muy especialmente al Presidente y los jueces y juezas de la Corte Constitucional por hacer posible la publicación de estos tomos que fortalecen la práctica jurisdiccional del pluralismo jurídico en la región.

Debate & Reflexión

Pluralismos jurídicos y derechos
de los pueblos indígenas



Pluralismo jurídico e interlegalidad: debates antropológicos para pensar el Derecho Indígena y las políticas del reconocimiento

María Teresa Sierra¹

Sumario

1. Introducción – 2. Hacia visiones comprensivas del pluralismo jurídico y la interlegalidad en la definición del Derecho Indígena - 3. Jurisdicciones indígenas, interlegalidad y derechos – 4. Derechos humanos, diversidad cultural y globalización – 5. Políticas de reconocimiento, interlegalidad y estados plurales. Retos, alternativas y miradas críticas – 6. Bibliografía

Resumen

En este texto planteo una conceptualización antropológica del pluralismo jurídico y del Derecho Indígena, que ayude a comprender las dinámicas del cambio jurídico y del poder en las sociedades contemporáneas. Retomo el concepto de interlegalidad para analizar las múltiples relaciones entre sistemas jurídicos en su síntesis práctica, lo cual contrasta con las visiones normativas del pluralismo jurídico interesadas en mostrar las particularidades de los sistemas normativos en sus lógicas propias. Discuto las implicaciones de esta perspectiva para el debate sobre las políticas de reconocimiento del Derecho Indígena en sociedades poscoloniales y los retos para pensar en estados plurales, como es el caso hoy en día en América Latina.

1. Introducción

En torno al pluralismo jurídico se ha desarrollado una vasta literatura en los últimos tiempos, nutrida por corrientes situadas tanto en el campo del Derecho como de la Antropología y la Sociología Jurídica, que da cuenta de un cambio de paradigma en la manera de comprender el Derecho en las sociedades modernas, al cuestionar el centralismo y el monismo jurídico propio del Derecho estatal. La realidad plural de las sociedades

¹ Profesora e investigadora del CIESAS-México. El presente texto fue publicado en una primera versión en el libro “Justicia, diversidad y pueblos indígenas. Retos de la globalización”, editado por Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra, CIESAS-FLACSO-Ecuador, México, 2011.

latinoamericanas que por mucho tiempo se pretendió negar como efecto de las políticas integracionistas de los estados nacionales, hoy en día es un dato histórico cada vez más visible en lo cual ha incidido la globalización y los procesos migratorios, así como las voces y demandas mismas de los pueblos indígenas por el reconocimiento de la diversidad cultural y la autonomía en los espacios nacionales y transnacionales. De esta manera, como lo sostiene Boaventura de Sousa Santos, la pluralidad es el rasgo clave del campo jurídico en las sociedades contemporáneas: “una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales”², lo que significa que el orden jurídico estatal se ve confrontado con otros ordenamientos jurídicos –locales y globales– que le disputan la legitimidad. En particular el pluralismo jurídico se ha convertido en un referente central para discutir el sentido en que los pueblos indígenas plantean el reconocimiento del Derecho Indígena, al mismo tiempo que exigen la transformación del Estado, de su carácter monocultural hacia una condición plural. También es referente para comprender cómo se conforman y se construyen cotidianamente los sistemas jurídicos indígenas, cómo éstos han logrado sobrevivir y redefinirse, cuál es su manifestación contemporánea, cómo se relacionan con el Derecho estatal y cómo incide en ellos la legalidad transnacional.

El pluralismo jurídico ha sido efectivamente un concepto central que ha cuestionado la visión positivista del Derecho impuesta por el liberalismo, según la cual el Derecho estatal es el único referente de legalidad en los estados nacionales, negando con esto la vigencia de otros órdenes jurídicos, como es el caso del Derecho Indígena. La perspectiva del pluralismo jurídico desarrollada desde la Antropología y la Sociología Jurídica cuestiona de frente el centralismo del Derecho estatal, es decir, el considerar que la única fuente de Derecho es la ley del Estado, y plantea nuevos retos para pensar el Derecho³. Sin embargo, lo que pareciera ser un concepto sobre el que hoy en día existe un acuerdo –el reconocimiento de sistemas jurídicos no estatales que coexisten en un mismo campo social⁴– ha propiciado diferentes interpretaciones que resultan importantes señalar por sus implicaciones políticas y académicas. En particular este debate resulta de especial interés para la discusión en torno al reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas en sociedades poscoloniales, y los retos que esto implica para pensar en estados plurales, como es el caso hoy en día en América Latina.

En este texto me interesa destacar una visión antropológica del pluralismo jurídico, interesada en dar cuenta de los sistemas jurídicos en sus relaciones y en su dimensión práctica. Desde esta perspectiva ambos derechos –el estatal y el indígena– se traslanan y se actualizan en la práctica de los actores sociales, lo que impide pensarlos como sistemas

2 Sousa Santos, Boaventura, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, UNAM, México, 1998, p 18.

3 Benda Beckman, Franz, “*Anthropology and comparative Law*” in K. von Benda Beckmann and F. Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands*, Foris, Dordrecht, 1986, pp.90-109; Merry, Sally Engle, “*Legal Pluralism*”, en *Law and Society Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, pp. 889-922.

4 Merry, Ibid.

separados y autocontenido; dichos traslapos se dan en el marco de relaciones de poder construidas históricamente donde el Derecho del Estado ha impuesto sus modelos sobre el Derecho Indígena, obligándolo a su continua redefinición. En esta dirección retomo el término de *interlegalidad*, propuesto por Boaventura de Sousa Santos⁵, como la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico, que apunta comprender las múltiples relaciones entre los sistemas jurídicos en su síntesis práctica, lo cual contrasta con las perspectivas normativas del pluralismo jurídico interesadas en mostrar las particularidades de los sistemas normativos en sus lógicas propias.

Pretendo avanzar en una conceptualización antropológica del pluralismo jurídico y del Derecho Indígena, que nos ayude a comprender las dinámicas del cambio jurídico en las sociedades contemporáneas. Mas que un dilema entre visiones normativas o procesales propongo que veamos ambas perspectivas como dimensiones complementarias para pensar lo jurídico, retomando a John Comaroff y Simon Roberts⁶, que deben ser historizadas y abordadas desde las lógicas del poder y del cambio social, tal como lo señalaron June Starr y Jane Collier⁷. En este sentido me pregunto:

¿En qué sentido el concepto de interlegalidad permite pensar las jurisdicciones indígenas y las autonomías?; ¿De qué manera aporta nuevos elementos para el análisis de los derechos colectivos y la diferencia cultural?; ¿Cuáles son las implicaciones de la globalización del Derecho para pensar las dinámicas interlegales, las prácticas del Derecho Indígena y los Derechos Humanos?; y, ¿De qué manera la perspectiva de la interlegalidad contribuye al debate político en torno al reconocimiento de los derechos indígenas y los estados plurales?

En las reflexiones siguientes señalo algunos puntos que alimentan este debate y nos ayudan a reconocer la necesidad de un mayor diálogo entre las visiones antropológicas y las visiones jurídicas para avanzar en el estudio de las políticas de reconocimiento y del Derecho Indígena en tiempos de globalización y de pluralidades normativas.

2. Hacia visiones comprensivas del pluralismo jurídico y la interlegalidad en la definición del Derecho Indígena

El pluralismo jurídico constituye un concepto clave en los avances de la Antropología Jurídica desde mediados del siglo XX. Especialmente el interés de comprender el orden social y los mecanismos de regulación de las sociedades colonizadas llevó a estudiar los sistemas jurídicos de poblaciones nativas y el impacto que tuvo en ellos el colonialismo al

5 Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, Bogotá, 1998.

6 Comaroff, John y Simon Roberts, *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. The University of Chicago Press, Chicago, 1981.

7 Starr, June y Jane F. Collier (eds.), *History and Power in the Study of Law. New Directions in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1989.

imponer nuevas normas sobre las sociedades subordinadas. Esto en algunas regiones significó la construcción de un nuevo orden jurídico local, producto de la readecuación y codificación de lo que se consideró “legítimo y aceptable” desde el punto de la metrópoli, según se ha documentado de manera detallada en el caso de poblaciones africanas⁸. Así junto con la religión y la lengua el colonizador impuso su Derecho con el fin supuesto de “civilizar” al Otro.⁹ Los sistemas de derecho nativos con más o menos fuerza consiguieron sobrevivir, aunque fueron obligados a redefinirse y adecuarse a las nuevas normas, como lo vemos también en el caso de los pueblos indígenas en América Latina sometidos a la colonización española. Más adelante, con la construcción de los estados, el nuevo Derecho nacional se impuso como único referente de legalidad, lo que implicó la negación, la clandestinización y en ocasiones la criminalización de los sistemas jurídicos indígenas. En este proceso se fue moldeando el Derecho Indígena de ahí que difícilmente pueda hablarse de la sobrevivencia de un Derecho Indígena prehispánico o tradicional, como en algún momento imaginaron algunos estudiosos. Desde esta perspectiva hablar de Derecho Indígena significa considerar la situación colonial y poscolonial en el que éste se ha moldeado y el sentido en que en la situación actual el Derecho del estado y la globalización inciden en su redefinición¹⁰; significa también considerar su relación con los ordenamientos jurídicos hegemónicos ante los cuales se ha construido.

Varios antropólogos jurídicos en sus estudios, generalmente en sociedades africanas y asiáticas, documentaron situaciones de pluralidades normativas para mostrar diferentes niveles de regulación al interior de las sociedades nativas¹¹ como en su relación con el orden del colonizador.¹² En este sentido Moore propuso el concepto de *campo legal semiautónomo* para referirse a situaciones donde las sociedades generan su propia normatividad, aún si están sujetas a la injerencia de ordenamientos legales hegemónicos con los cuales interactúan.¹³ Según Moore¹⁴, fue Griffiths¹⁵ quien introdujo el concepto de pluralismo jurídico en la Antropología Jurídica para cuestionar el centralismo legal y enfatizar la vigencia de normas provenientes de fuentes diversas en las distintas sociedades, ampliando de esta manera el concepto a todo tipo de formación social.¹⁶

8 Moore, Sally Falk, “Social Facts and Fabrications: Customary Law” on Kilimanjaro, 1880-1980. Cambridge University Press, Cambridge, 1986; Snyder, Francis, “Falk and Historical Transitions: Some Conceptual Issues”, en Antony Allot y Gordon Woodman (eds.) *People's Law and Ste Law*, Dodrecht, 263-276, 1985.

9 Fitzpatrick, Peter, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, London, 1992.

10 Sierra, María Teresa, “Derecho Indígena: herencias, construcciones y rupturas” en Guillermo de la Peña y Luis Vázquez (coords.). *La antropología sociocultural en el México del Milenio*, FCE y CONACULTA, México, 2003.

11 Pospisil, 1974.

12 Moore, Pluralismo jurídico Op. Cit; Snyder, Falk and Historical Transitions, Op. Cit. Para una revisión del concepto de pluralismo jurídico en la Antropología Jurídica anglosajona ver Sierra y Chenaut, 2002.

13 Moore, Pluralismo jurídico, Op. Cit.

14 Moore, Sally, *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Boston, 2005, p. 357.

15 Griffiths, John “What is legal pluralism?” *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24, 1-35, 1986.

16 Para Griffiths, la ley está en todas partes es un collage de prácticas obligatorias y de normas que emanen de fuentes gubernamentales y no gubernamentales (cfr en Moore Law and Anthropology, Op.Cit., 357). De acuerdo a Sally Falk Moore (Ibid.), el debate actual en torno al pluralismo jurídico tiene que ver con el papel del estado y su poder para controlar las normas.

Más adelante el concepto fue elaborado por Sally Merry¹⁷ para distinguir dos momentos en el desarrollo del pluralismo jurídico: el denominado *pluralismo jurídico clásico*, en donde sistemas claramente diferenciados entran en relación, como puede ser la situación colonial y poscolonial, cuando los sistemas jurídicos del colonizador se impusieron sobre los sistemas jurídicos nativos; este es el caso de la colonización en África y en América. Y, el *nuevo pluralismo jurídico* propio de las sociedades capitalistas modernas en donde el pluralismo, es decir la vigencia de órdenes legales no oficiales coexistiendo con el oficial, lo cual ha permeado al conjunto de la sociedad; y hace ver que la pluralidad normativa es un hecho consustancial a todo tipo de sociedad. Un aporte central de Sally Merry,¹⁸ al estudio del pluralismo jurídico, es el haber enfatizado en la perspectiva de la interpenetración y mutua constitución de los ordenamientos jurídicos, lo que cuestiona las visiones dualistas sobre los sistemas normativos en contextos poscoloniales. Esto ha llevado a concebir a los sistemas jurídicos de manera separada, sin dar cuenta de cómo dichos sistemas, por las lógicas mismas de la dominación, se han influenciado mutuamente dentro de una matriz de poder. Tal marco referencial ha sido clave para documentar las maneras en que los sistemas jurídicos indígenas colonizados se han moldeado en la confluencia de legalidades, lo que resulta central para estudiar las prácticas de justicia y los reclamos de derechos en sociedades multiculturales. Dicha perspectiva ha sido discutida por Franz Benda-Beckman quien cuestiona que el reconocer la interpenetración de los órdenes jurídicos en las prácticas impida pensar a los sistemas en su especificidad normativa: “*hablar de interpenetración o mutua constitución presupone que se distinga lo que se está interpenetrado*”¹⁹; sugiere así que es necesario documentar las ideologías legales, sus reclamos de validez exclusiva y el monopolio del poder legítimo que finalmente sustentan a los órdenes jurídicos. En este sentido define pluralismo analíticamente como “*la coexistencia de dos o más grupos de concepciones normativas dentro del mismo proceso, o de procesos agregados de estructuración; pero también la coexistencia del mismo elemento normativo en más de un contexto*”²⁰. De esta manera, Benda Beckman destaca un punto muy importante en los estudios antropológicos del pluralismo jurídico, el hecho que no se trata solamente de sistemas que se interrelacionan y se moldean mutuamente, sino que dichos sistemas remiten a concepciones normativas diferentes. Tal apreciación resulta importante cuando se busca documentar las prácticas jurídicas indígenas y caracterizar la particularidad del Derecho Indígena, como ha sido el caso de varios estudios antropológicos y de nuestra propia experiencia de investigación.

Un punto central a discutir tiene que ver con la conciencia, que puedan tener los actores indígenas, que se trata de sistemas jurídicos diferenciados, el Derecho propio y el Derecho estatal, cuando se ven involucrados en disputas que les implica moverse en diferentes instancias legales; haciendo referencia a lenguajes jurídicos distintos, como sucede

17 Merry, Sally, Op. Cit,

18 Ibid.

19 Benda-Beckman, Frantz, “Comment on Merry”, en *Law and Society Rev.* Vol.22, N.5, 1988, p 898.

20 Ibid., p. 899

continuamente en las regiones indígenas de México. Considero que tal conciencia no es algo dado sino resultado de un proceso social que puede o no manifestarse de acuerdo a la mayor o menor compenetración de los sistemas jurídicos y los procesos de dominación en los que se insertan. Sin duda, dicha conciencia legal suele ser el resultado de un proceso político de reivindicación de derechos al generar una reflexividad y reconstrucción del Derecho propio, como producto de la politización de las identidades étnicas, promovidas por organizaciones indígenas. En este sentido resulta importante señalar el papel de la conciencia legal en el imaginario del movimiento indígena y la tendencia a postular la vigencia de sistemas jurídicos propios, distintos y separados del Derecho del Estado, lo cual tiene un fuerte impacto en la construcción y reivindicación de las identidades étnicas.

La referencia a las ideologías legales, señaladas por Franz von Benda-Beckman, hace pensar en paralelismos con fenómenos sociolingüísticos en torno a las lenguas y sus usos: así como los hablantes en situaciones de bilingüismo asimétrico elaboran ideologías lingüísticas en torno al purismo de sus lenguas que suelen no corresponderse con las prácticas y usos de las mismas²¹. Podríamos decir que los actores en situaciones de pluralismo jurídico subordinado tienden a elaborar ideologías jurídicas para discernir entre una u otra legalidad, entre la ley y la costumbre. Aunque en las prácticas, tales diferencias no se marquen tan fácilmente, según sucede cotidianamente con poblaciones Nahuas de la Sierra norte de Puebla.²² Tal reflexividad es parte de la competencia jurídica de los hablantes que, como he mencionado, adquiere nueva fuerza en el contexto de las movilizaciones indígenas.

Los fenómenos actuales de globalización han llevado a proponer una tercera fase en el desarrollo del pluralismo jurídico, de acuerdo a Santos²³, para referirse a la situación contemporánea donde la globalización ha propiciado una *dimensión transnacional del derecho* que obliga a considerar ordenamientos jurídicos vigentes en distintas dimensiones espacio-temporales: la local, la nacional y la transnacional como parte del nuevo sistema mundial. Dicha pluralidad no significa que los órdenes normativos se encuentren en una situación de igualdad, nunca lo han estado, por el contrario se insertan en relaciones de poder que por mucho tiempo han estado hegemonizadas por el Derecho estatal; hegemonía que hoy en día está siendo cuestionada por el Derecho transnacional y supraestatal. En este sentido Santos discute lo que considera las visiones románticas del

21 Hamel, Rainer Enrique y Héctor Muñoz, "Desplazamiento y resistencia de la lengua otomí: el conflicto lingüístico en las prácticas discursivas y la reflexividad", en Rainer Enrique, Yolanda Lastra y Héctor Muñoz (eds.) *Sociolingüística latinoamericana*, UNAM, México, 101-146, 1988.

22 Sierra, María Teresa, "Indian Rights and Customary Law in Mexico: a Study of the Nahuas in the Sierra de Puebla". *Law and Society Review*, volume 29, Number 2: 227-254, 1995.

23 Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho*, Op. Cit; Sousa Santos, Boaventura, "Los paisajes de las justicias en las sociedades contemporáneas" en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Instituto Colombiano de Antropología e Historia / Universidad de Coimbra / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Colombia/ Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001, pp 85-150.

pluralismo jurídico que al criticar la centralidad y exclusivismo jurídico del Estado tienden a situar a los órdenes jurídicos no estatales en posición de igualdad, perdiendo de vista que "con la expansión del estado constitucional liberal y la conversión de la hipótesis jurídica positivista en una tesis hegemónica (y consensual) sobre los derechos",²⁴ el Derecho moderno se convirtió en el Derecho estatal, lo que llevó a la necesaria consideración de la primacía del Derecho estatal en las formaciones socio-jurídicas modernas, pero también a discutir las posibilidades contrahegemónicas del mismo cuando es usado para cuestionar órdenes jerárquicos establecidos.

Dentro de esta pluralidad de órdenes normativos interactuando en las sociedades modernas, el Derecho Indígena es tal vez el sistema jurídico más significativo en términos de modelos diferenciados porque es el que cuestiona con más fuerza la visión hegemónica del liberalismo y positivismo jurídico, propia del Derecho estatal. El Derecho Indígena está obligando a los estados, de pasado colonial, a redefinir el pacto nacional, al mismo tiempo que ha propiciado una discusión en las instancias internacionales sobre la diferencia cultural, los derechos colectivos, la autonomía y un cuestionamiento a concepciones universalistas de los derechos humanos.

Pero ¿a qué me refiero cuando hablo de Derecho Indígena?²⁵ Desde la visión antropológica que planteo, el Derecho Indígena es el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador, primero, del Derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del Derecho Internacional.²⁶ En ese sentido resulta importante preguntarse: ¿Hasta qué punto han logrado reproducirse las lógicas propias del Derecho Indígena, sus matrices normativas que le dan identidad y su fuerza colectiva? Tal situación depende de la misma relación con el Estado, de las historias de resistencia, de la organización de los pueblos indígenas y de su capacidad para renovar sus sistemas jurídicos. En su gran mayoría los pueblos indígenas han debido adecuarse a las instancias y definiciones administrativas y judiciales impuestas por el Estado. En ese proceso han desarrollado una gran capacidad para moverse en el espacio de diferentes ordenamientos legales. En cambio, han utilizado diversos recursos y registros jurídicos de negociación por lo que no es posible identificar formas fijas y homogéneas sobre el Derecho vigente en las comunidades indígenas, tal como sucede en las sociedades mesoamericanas y andinas. Es en estos procesos que se gesta la *interlegalidad* como la apropiación y puesta en juego de diferentes referentes

24 Sousa Santos, "Los paisajes de las justicias, Op. Cit, p.137.

25 Desde una visión jurídica y política se han desarrollado importantes definiciones del Derecho Indígena en tanto expresión de un derecho vinculado a la existencia de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos, cuya legitimidad la da su condición de ser pueblos originarios y, por tanto, primeros en derechos por su precedencia histórica previa a la formación del Estado nacional (cfr. Gómez, Magdalena, "Derecho Indígena y constitucionalidad" en Esteban Krotz (ed.) *Antropología jurídica perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos – UAM, Barcelona: 235-278, 2002).

26 Sierra, "Indian Rights and Customary... Op. Cit.

normativos que son actualizados y combinados por los actores indígenas, individual y colectivamente, desde sus propias matrices culturales para dar salida a sus problemáticas y exigir sus derechos. Pero, la interlegalidad ha incidido asimismo en las dinámicas legales del Estado al propiciar la redefinición de determinadas normas e instituciones judiciales y al obligarlo a reconocer ámbitos de jurisdicción indígena; o bien dar cabida a la diferencia cultural en la ley. Desde la perspectiva de la interlegalidad se observa como los órdenes jurídicos, el estatal y el indígena, se encuentran compenetrados, traslapados -con mayor o menor fuerza- y sujetos a relaciones de poder sin por ello perder sus propias racionalidades que los hacen diferentes. Siguiendo el planteamiento de Benda Beckmann,²⁷ la interlegalidad implicaría también una dimensión de conciencia jurídica, lo que hace preguntarnos si los sujetos son o no conscientes de que se mueven en diferentes sistemas jurídicos, en diferentes espacios judiciales que ameritan el recurso a normas distintas; o bien si dicha conciencia jurídica formaría parte del *habitus* del sujeto, y por tanto de una dimensión no necesariamente consciente incorporada en la práctica social.²⁸ Dicha conciencia jurídica producto de la interlegalidad se convierte en un referente importante para analizar la disputa por la legitimidad del Derecho Indígena. Estamos efectivamente ante temas poco trabajados que constituyen retos de investigación.

3. Jurisdicciones indígenas, interlegalidad y derechos

La perspectiva interlegal ofrece nuevas herramientas para mostrar la manera en que los sistemas jurídicos indígenas han debido adecuarse, resistir y renovarse ante las presiones del Derecho estatal y en este proceso han construido nuevas formas jurídicas que han incidido también en el modelo jurídico dominante, tal como lo revelan diferentes estudios en torno a la justicia y las jurisdicciones indígenas en México y en Latinoamérica.²⁹ Tal visión se distancia de una perspectiva normativa interesada en reconstruir las normas del Derecho

27 Beckman, Op. Cit.

28 Retomando a Bourdieu: Bourdieu, Pierre, *Le sens pratique*, Seuil, París, 1981.

29 Cfr. Sierra, "Indian Rights and Customary... Op. Cit; Sierra, María Teresa (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígena*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores, México, 2004; Chenaut, Victoria, *Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas del Distrito Judicial de Papantla*. Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales. El Colegio de Michoacán, Zamora, México, 1999; Chenaut Victoria, "Prácticas jurídicas e interlegalidad en el distrito judicial de Papantla, Veracruz" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores México: 237-298, 2004; Collier, Jane "Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, México: CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores, México: 57-114, 2004; Orellana, René, *Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechua de Bolivia*, Huella eds., La Paz, 2004; Sieder, Rachel, "Customary Law and Local Power in Guatemala" en Sieder, Rachel (ed.) *Guatemala after the Peace Accords*, ILAS – University of London, Londres: 97-115, 1998; Hernández, Rosalva Aída, "El derecho positivo y la costumbre jurídica. Las mujeres indígenas de Chiapas y su lucha por el acceso a la justicia" en Martha Torres (comp.) *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, El Colegio de México, México, 335-378, 2004; Garza Caligaris, Ana María, Género, interlegalidad y conflicto en San Pedro Chenalhó, PROIMMSE-UNAM, UNICACH, Chiapas, 2002; Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho*

Indígena en su sistematicidad para mostrar su diferencia y oposición al Derecho del Estado, según han documentado varios estudios.³⁰ Si bien con sus matices esta última perspectiva al enfatizar en el aspecto estructural de las normas y lógicas culturales termina por construir visiones abstractas del Derecho Indígena que se distancian de las prácticas sociales. En esa medida tiene el riesgo de generar visiones armónicas de las normas sin contemplar el papel del poder que las estructuran. Tal es, por ejemplo, el hecho de reconstruir las normas de la herencia o del Derecho Penal entre los triquis de Oaxaca,³¹ o las que organizan y jerarquizan a la autoridad en los sistemas de cargos, en el caso de los mixes, en Oaxaca;³² o los principios normativos de la reciprocidad y la relación con la naturaleza como ejes de la cosmovisión indígena nasa en Colombia,³³ que suelen funcionar más como discursos del deber ser que legitiman el poder pero que muchas veces contradicen las prácticas o se distancian de ellas. Por su parte, la perspectiva interlegal al enfatizarse en los procesos, en la mutua constitución de las normas y en el poder, tiende a perder de vista la especificidad de las lógicas culturales que los sistemas conllevan; lo cual constituye sin duda una limitación. En este sentido, hace falta avanzar en estudios que, desde la interlegalidad, sean capaces de mostrar los usos e interpenetraciones normativas en la práctica de la justicia; y, al mismo tiempo, que documenten el sentido en que la diferencia cultural se hace visible en estos espacios como referentes centrales del Derecho Indígena. En última instancia el reto es poder reconstruir las lógicas culturales que inciden en la práctica del Derecho sin caer en visiones esencialistas que absolutizan la diferencia y enfatizan en la armonía social.³⁴

a ser: diversidad, identidad y cambio, Quito, FLACSO – Ecuador, 2004.; Van Cott, Donna Lee, "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia" en *Journal of Latin American Studies* 32, 2000, 207-234; Martínez, Juan Carlos, *La Nueva Justicia Tradicional: Interlegalidad y ajustes en los campos jurídicos de Santa María Tlahutoltepec y Santiago Iztayutla*, Tesis de Doctorado en Antropología Social, CIESAS, México de Antropología Jurídica, Oaxtepec, Morelos, México, 16-29 octubre, 2006.

30 Chase, Sardi, *El derecho consuetudinario characoco*, RP. Ediciones, Asunción, 1987; Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los triquis*, Instituto de Administración Pública de Oaxaca, Oaxaca, 1995; Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, Bogotá, 1998; Valdivia, Teresa En prensa, *Pueblos mixes: sus sistemas jurídicos, competencias y normas*, IIA-UNAM, México; Valdivia Teresa, *Catálogo de competencias y normas en los sistemas de cargos Ayuuk (mixe, 1998-1999)*, IIA-UNAM, 2004, <http://132.248.110.3/cat-mixes/complementaria/etapas.php>; Gómez 2000, *Ibid*.

31 Cordero de Durán, Op. Cit.

32 Valdivia, Op. Cit.,

33 Gómez, Op. Cit,

34 Ver en este sentido los trabajos de Jane Collier de 1973 sobre el derecho zinacanteco, uno de los pocos estudios que documenta las lógicas culturales que marcan la resolución de las disputas entre los zinacantecos, en términos de procedimientos y no de normas sustantivas y abstractas; no obstante el trabajo de Collier ha sido también criticado por la perspectiva funcionalista que lo caracterizó, tendiente a enfatizar en una visión funcionalista de consenso, sin contemplar las relaciones de poder que reproducían dichas normas; crítica asumida más adelante por la misma autora (Collier, Jane, *Law and Social Change in Zinacantan*, Stanford University Press, Stanford University, Stanford. (ed. español), *El derecho zinacanteco*, CIESAS, [1973] 1995; Collier, Jane, "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica" en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (coords.) *Pueblos indígenas ante el derecho*, CIESAS – CEMCA, México: 45-78, 1995).

Un estudio colectivo comparativo que realizamos en México,³⁵ desde la perspectiva interlegal, nos permitió constatar los alcances y las maneras diferentes en que se ejerce la justicia y se construye el Derecho en regiones indígenas del país. Históricamente la justicia indígena vigente ha sido una justicia subordinada, reducida al espacio comunitario, limitada generalmente a los asuntos de baja cuantía sin ser considerada por el Estado como verdadera justicia ni con su Derecho propio.³⁶ En muchos casos ha sido más bien una justicia auxiliar e integrada a la estructura judicial del Estado, si bien en otros pudo reproducirse con más fuerza combinando o adaptando las figuras de autoridad oficiales con las tradicionales, tal como ha sucedido con los pueblos indígenas del norte de México (yaquis, raramuris, huicholes, entre otros) que han logrado mantener una mayor autonomía sobre sus gobiernos y su justicia. Tal situación no impidió la vigencia de una justicia indígena, no reconocida por la ley estatal, con autonomía relativa para juzgar ciertos asuntos, con base en normas y autoridades propias; si bien dichas jurisdicciones han debido responder a las presiones y modelos jurídicos del sistema dominante. La oficialización de acuerdos, la exigencia de informes, actas, sellos, la elaboración de reglamentos internos, el uso del discurso legal para garantizar acuerdos internos (de herencia, tierras, etc.) vinculado con el español -como lengua oficial- la decisión de pasar asuntos a la jurisdicción del Estado por su gravedad (homicidios, violaciones, entre otros), así como la intervención estatal para cuestionar decisiones de las autoridades indígenas e imponer el llamado “Estado de Derecho”, ha sido una constante histórica en la vida de las comunidades. No obstante, las comunidades y sus autoridades han sabido usar la ley a su beneficio e incluso para resistir ante el Estado, lo cual es una práctica vigente desde la época colonial según han mostrado varios trabajos en el campo de la etnohistoria.³⁷ En mi investigación sobre la práctica de la justicia en comunidades nahuas de la Sierra norte de Puebla, en México, pude distinguir cinco modalidades que revelan las maneras diferencias en que la legalidad estatal ha penetrado en el espacio mismo de la justicia indígena comunitaria generando procesos interlegales: *La ley como referente simbólico, la ley como amenaza, la ley como resistencia, la resistencia a la ley y la imposición de la ley.*³⁸ Cada una de estas modalidades, que no es posible desarrollar en este espacio, son expresiones de las relaciones de poder que estructuran a los órdenes normativos internos y permiten observar los procesos de mutua constitución entre la ley y la costumbre; los cuales finalmente moldean el Derecho Indígena vigente en las comunidades. Se trata de procesos que observamos en las diferentes regiones estudiadas.

Según pudimos documentar la fuerza de las jurisdicciones indígenas ha variado de acuerdo a los contextos y las historias de relación, subordinación y conflicto de las

35 Sierra, Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género, Op. Cit.

36 Chenaud, Victoria y Sierra, María Teresa, Pueblos indígenas ante el derecho, CIESAS – CEMCA, México, 1995.

37 Taylor, William, Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas, México: Siglo XXI eds, 1987; Borah, Woodrow, “The Spanish and the Indian Law: New Spain” in G. Collier, R. Rosaldo & J. Wirth (eds.) The Inca and the Aztec States 1400-1800. Academic Press, New York, 1982.

38 Sierra, Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género p. 107.

comunidades indígenas con el Estado. Así por ejemplo la justicia entre los *zinacantecos* en Chiapas, estudiados por Jane Collier, ha gozado de una mayor autonomía debido a la legitimidad de las autoridades tradicionales y a su fuerza para negociar con las instituciones y funcionarios estatales; manteniéndolos fuera de su jurisdicción.³⁹ En los últimos tiempos, ante las nuevas coyunturas políticas, la justicia *zinacanteca* ha sufrido nuevos cambios. En oposición a esto se encuentra el caso de una gran parte de comunidades indígenas del centro del país, como la región nahua de la Sierra norte de Puebla,⁴⁰ las comunidades *ñhahñús* del Mezquital⁴¹ y los totonacas de Papantla,⁴² donde los ámbitos de jurisdicción indígena han estado históricamente subordinados ante el Estado, con espacios mínimos para ejercer una justicia propia; lo cual ha significado una fuerte interacción entre las instancias judiciales comunitarias y municipales –y en menor medida con la justicia distrital–; en tanto que los vecinos de las comunidades pueden optar por una u otra instancia legal de acuerdo a sus intereses y sus posibilidades. Victoria Chenaud documenta que en la Sierra de Papantla, particularmente el juzgado municipal de Coyutla, Veracruz (dominado por autoridades mestizas), es el espacio más acudido por los vecinos totonacas ante el hecho que el juez de comunidad, en tanto autoridad indígena, tiene muy pocas atribuciones y fuerza para dirimir asuntos. En contraste con esta situación constatamos que en las comunidades nahuas de Cuetzalan y de Huauchinango, en la Sierra norte de Puebla, la justicia de paz de las Juntas Auxiliares –espacios comunitarios– es el espacio para la práctica de una justicia indígena vigente aunque ésta no ha sido reconocida como tal por el Estado. Apenas recientemente se han dado cambios en la legislación nacional y estatal que están significando el reconocimiento de la justicia indígena con importantes implicaciones para el campo judicial regional, como ocurre en la Sierra norte de Puebla a partir de la instalación de los Juzgados Indígenas, al igual que en el municipio de Cuetzalan.⁴³ Una situación extrema la presenta el caso de los mixtecos en el municipio de Metlatónoc, Guerrero quienes ante un gobierno estatal incapaz de ofrecer seguridad jurídica, y con instituciones comunitarias fragmentadas atravesadas por conflictos familiares y políticos, se ha propiciado el desarrollo de prácticas de justicia por mano propia. Estas circunstancias se encuentran basadas en la venganza, mientras el Estado termina por no confrontar ante su incapacidad para dar una salida a la violencia y la inseguridad.⁴⁴ En

39 Collier, Op. Cit,

40 Sierra, “Indian Rights and Customary Law...., Op. Cit y Sierra, Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género, Op. Cit.; Vallejo, Ivette, “Relaciones de género, mujeres nahuas y usos de la legalidad en Cuetzalan” en Sierra, María Teresa (ed.) Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editora, México: 187-236, 2007.

41 Sierra, María Teresa, Discurso, cultura y poder. El ejercicio de la autoridad en pueblos *nhahñús* del Valle del Mezquital, CIESAS- Gobierno del Estado de Hidalgo, 1992.

42 Chenaud, Honor, disputas y usos del derecho, Op. Cit.; Chenaud, “Prácticas jurídicas e interlegalidad... Op. Cit.

43 Cfr. Terven, Adriana, Revitalización de la costumbre jurídica en el juzgado indígena de Cuetzalan. Retos desde el Estado. Tesis de Maestría en Antropología Social, CIESAS, México, 2007; Chávez, Claudia, Del deber ser a la praxis. Los jueces de paz en el renovado campo judicial de Cuetzalan. ¿Hacia un fortalecimiento de la jurisdicción indígena?, Tesis de Maestría en Antropología Social, CIESAS, México, 2008.

44 Nicasio, Maribel, “Procuración de justicia e interlegalidad en un municipio indígena de la Montaña de Guerrero” en María Teresa Sierra (ed.) Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, CIESAS – Miguel Angel Porrúa editor, México, 2004: 359-408.

estos contextos el Derecho comunitario ha sido sobrepasado y no funciona como alternativa para negociar conflictos de mayor gravedad.

Lo cierto es que en todos estos contextos encontramos que con más o menos fuerza el Estado ha penetrado los espacios de la justicia indígena, acotando competencias, interviniendo y poniendo límites. Además ha permeado una cultura jurídica escrita y una estructura judicial que ha obligado a los pueblos a generar estrategias diversas para mantener y reproducir sus instituciones y formas de gobierno, pero también a manejarse dentro de las instancias oficiales haciendo uso del Derecho estatal.

En el momento contemporáneo los cambios acelerados que atraviesan a las regiones indígenas están propiciando la reestructuración del orden jurídico comunitario y la construcción de nuevas comunidades en ámbitos urbanos nacionales y transnacionales. Esto debido, sobre todo, a la falta de alternativas de vida a nivel local, propiciando la migración, dentro y fuera del país,⁴⁵ pero generando también nuevas normatividades, de corte transnacional, que redefinen los ordenamientos comunitarios.⁴⁶ Desde la perspectiva de la transnacionalización del Derecho, hoy en día vemos como nuevos lenguajes de derechos están incidiendo en la construcción de nuevos marcos normativos locales y transnacionales lo que está impactando en las jurisdicciones indígenas y sus sistemas normativos. De esta manera lo que llamamos Derecho Indígena es producto de un proceso histórico que se ha modificado, resistido y adecuado a las distintas coyunturas de relación con el Estado y, actualmente, con los ordenamientos jurídicos supranacionales. A diferencia de momentos anteriores, la politización de las identidades étnicas ha propiciado la legitimación de los derechos indígenas y los ha llevado a valerse de una legislación internacional para reivindicarlos ante el Estado. Esto mismo está impactando en la formulación de nuevos modelos culturales para pensar el Derecho Indígena y la justicia.

Al mismo tiempo que se dan estos procesos de migración y fragmentación comunitaria, vemos surgir en diferentes regiones del país nuevas experiencias de reorganización comunitaria que están enriqueciendo y renovando el Derecho Indígena, potenciando una justicia indígena no oficial -fuera del Estado-. Esto ha moldeado el Derecho Indígena en su interacción y en su oposición: tal es el caso de las experiencias de justicia desarrolladas por las Juntas de buen Gobierno Zapatistas, en Chiapas, y la experiencia de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC) de la Costa Montaña de Guerrero, mejor conocida como policía comunitaria. Ambos casos desde sus propios contextos y coyunturas son tal vez las experiencias más interesantes para observar la renovación y reinvenCIÓN de una justicia indígena que, retomando sus matrices culturales y colectivas, está propiciando la innovación de las tradiciones y la reinvenCIÓN de su

45 Cfr. Igreja Lemos, Rebecca, "Derecho y diferencia étnica: La impartición de justicia hacia los indígenas migrantes de la ciudad de México" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores, México: 409-474, 2004.

46 Castro, Yerko, "La mayoría invisible. Crisis y ciudadanía en la miración indígena", en Rev. Alteridades año 16, n.31, enero-junio, 2006, pp. 61-72.

Derecho fuera de los marcos estatales. Los dos casos revelan también la fuerza de las organizaciones indígenas para generar alternativas de gobierno y justicia, cuestionando el mismo Estado de Derecho ante la incapacidad de los gobernantes para dar respuesta a las demandas indígenas.⁴⁷ Observamos así un renacimiento de la justicia indígena alimentada de diferentes tradiciones normativas que sintetizan tanto la matriz indígena comunitaria como normas del derecho nacional e internacional, según sucede con los Derechos Humanos y los Derechos Indígenas. Hoy en día la justicia indígena y comunitaria se enfrenta también a las demandas de las mujeres indígenas y al reconocimiento de sus derechos, impactando por tanto al ordenamiento jurídico tradicional.⁴⁸

4. Derechos humanos, diversidad cultural y globalización

De esta manera el Derecho Indígena, producto en gran medida de la emergencia étnica y las políticas de reconocimiento de la diversidad, está siendo redefinido por varias fuerzas, dentro de las cuales destaca el lenguaje internacional de los Derechos Humanos, que constituye un referente clave de lo que se ha venido a llamar la globalización del Derecho.⁴⁹ En este contexto la redefinición del Derecho Indígena es en sí misma una expresión de las dinámicas interlegales. No solamente el Derecho Indígena y los derechos indígenas se han alimentado de los nuevos códigos del Derecho internacional, como el famoso Convenio 169 de la OIT, sino también, de manera opuesta, las mismas concepciones del Derecho Indígena fundadas en lo colectivo y en el valor de la diversidad. Éstas han alimentado y enriquecido los referentes internacionales de los derechos humanos motivando una discusión en torno a las llamadas concepciones multiculturales de los derechos humanos.⁵⁰ De esta manera las posiciones universalistas de los derechos humanos han sido confrontadas por las voces de los colonizados y excluidos, que reclaman el reconocimiento de sus derechos como pueblos. A su vez, la recién aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007), simboliza un largo proceso de discusión y forcejeos entre los representantes de los estados y las fuerzas indígenas para reconocer a nivel internacional los derechos de autodeterminación y autonomía plena de los pueblos indígenas. Con ello, su derecho a ejercer jurisdicción y a controlar los recursos naturales y sus territorios. Vemos traducido en el debate político una visión normativa del pluralismo jurídico que sin duda constituye una conquista de los pueblos indígenas y que habrá que seguir para ver cómo tales derechos son implementados en las políticas públicas. Como lo ha descrito Rodolfo Stavenhagen,⁵¹ en el informe final como

47 Cfr. Sierra, Op. Cit.

48 Cfr. Hernández, Rosalva Aída, "El derecho positivo y la costumbre jurídica. Las mujeres indígenas de Chiapas y su lucha por el acceso a la justicia" en Martha Torres (comp.) *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, El Colegio de México, México, 335-378, 2004; Sierra, "Las mujeres indígenas y sus derechos. Retos de una justicia plural" en Rev. Derechos Humanos y Acción Defensorial (Rev. Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia), Año 1, No.1, 73-94, 2006.

49 Cfr. Sousa Santos, Hacia una concepción multicultural, Op. Cit.

50 Ibid.

51 Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, ONU-México y UNESCO, México, 2008.

Relator Especial de la ONU por los Derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, los avances en el reconocimiento de los derechos indígenas a nivel internacional no garantizan su implementación; en cambio, depende de las relaciones de fuerzas en juego que involucran a actores locales, nacionales e internacionales.

Así como en los espacios internacionales se discuten los límites y aportes de la diversidad para pensar los derechos humanos dentro de los marcos impuestos por el liberalismo, en los ámbitos locales de las comunidades y organizaciones indígenas los derechos humanos han ganado legitimidad; aunque se convierten en un arma de doble filo. Estos pueden ser clave en la lucha contra la opresión y la colonización, pero también un instrumento usado por el Estado para limitar el alcance de los derechos colectivos. Según lo han mostrado Shannon Speed y Jane Collier (2001) y Speed (2005)⁵² los derechos humanos fueron usados para desarticular procesos autónomos zapatistas acusando a las autoridades indígenas de abuso de autoridad por ejercer su potestad de justicia. Pero también, los pueblos indígenas se han apropiado del discurso de los derechos humanos para ganar legitimidad ante el Estado, y para sus propios fines de control interno. En este proceso se observa un gran esfuerzo al interior de las organizaciones indígenas para discutir maneras diferentes de pensar la relación entre individuo y colectivo, desde los propios marcos culturales, hasta el fin de renovar las prácticas de la justicia y del Derecho Indígena. Tanto en el caso de las Juntas de Buen Gobierno Zapatistas⁵³, como en las nuevas experiencias de justicia regional implementadas por las autoridades de la policía comunitaria en Guerrero⁵⁴, en las alcaldías indígenas de Guatemala⁵⁵, o las rondas campesinas en el Perú⁵⁶, por referirme a experiencias con dinámicas autónomas de justicia indígena en distintos contextos latinoamericanos. En estos casos el lenguaje de los derechos humanos ha entrado a formar parte de las maneras de aplicar la justicia, proceso que sin embargo no está exento de tensiones.

Entre las visiones individualistas y colectivas de los derechos se impone una necesaria discusión sobre el sentido mismo de los derechos humanos y las concepciones de cultura que involucran, como bien lo ha señalado Sally Merry⁵⁷. Los derechos humanos conllevan una concepción de cultura definida desde occidente centrada en el individuo e impuesta como universal, lo cual impide pensar los diversos sentidos de persona y de dignidad humana construidos desde las diferentes culturas.⁵⁸ Desde la perspectiva antropológica

52 Speed, Sannon y Jane Collier, "El discurso de los derechos humanos y autonomía: dos casos en Chiapas" en Rev. Memoria 139, 12-15, 2001; Speed, Shannon, "Dangerous Discourses, Human Rights and Multiculturalism in Mexico", en Polar, Vol. 28, Num.1: 29-51, 2005.

53 Speed Op. Cit.

54 Sierra, "Las mujeres indígenas y sus derechos...", Op. Cit.

55 Sieder, Rachel, "El Derecho Indígena y la globalización legal en la posguerra guatemalteca", en Rev. Alteridades, UAM-Izt, año 16, n. 30, 2006, pp. 23-37.

56 Irigoyen, Raquel, "Pluralismo jurídico, Derecho Indígena y jurisdicción especial en los países andinos" en Revista El Otro Derecho n. 30, Variaciones sobre la justicia comunitaria, ILSA, Bogotá: 171-195, 2003.

57 Merry, Sally "Human Rights and the demonization of Culture", en Polar, pp. 26:155-77, 2003.

58 Sousa Santos, Hacia una concepción multicultural... Op. Cit.

surge, por tanto, el interés de conocer los sentidos contextuales de los derechos humanos con el fin de promover diálogos interculturales que permitan revalorar las concepciones de justicia, cuestionando situaciones que con base en la tradición justifican la opresión. Lo cierto es que no es con imposiciones externas que dichos procesos pueden arraigarse. Por ello, resulta muy alentador que sean las propias organizaciones indígenas quienes están interesadas en impulsarlos.

De esta manera, desde las prácticas, observamos experiencias de comunidades indígenas que incorporan el discurso de los derechos humanos, en su versión individual como colectiva, para enriquecer sus formas de gobierno y de justicia. Lo que, a su vez, está permitiendo que grupos subordinados, como las mujeres, se valgan de los derechos humanos para discutir temas tan importantes como la opresión de género. Se generan así nuevos retos para pensar la diversidad y la pluralidad al interior de las propias sociedades indígenas, situación que impacta en sus sistemas normativos y presiona a su redefinición.

En suma, el Derecho Indígena está siendo redefinido desde los lenguajes globales provenientes de otros sistemas jurídicos de corte transnacional, a su vez que está contribuyendo a discutir la mirada occidental de la dignidad humana, sentando las bases de diálogos interculturales y construyendo una dimensión más de la interlegalidad.

5. Políticas de reconocimiento, interlegalidad y estados plurales. Retos, alternativas y miradas críticas

En este último apartado me interesa retomar una de las inquietudes planteadas al inicio del trabajo y que guían aspectos centrales de mi interés en el tema analizado: el sentido en que la perspectiva de la interlegalidad contribuye al debate político en torno al reconocimiento de los derechos indígenas y los estados plurales.

Según he insistido la utilidad heurística del concepto de interlegalidad tiene que ver con el interés de avanzar en propuestas teóricas que contribuyan al análisis de las prácticas jurídicas en contextos de pluralidades normativas, y muy especialmente al estudio del Derecho Indígena en su dimensión práctica y procesual. Más que reconstruir los modelos ideales de un Derecho Indígena, la perspectiva procesual y constructivista, a la que me adhiero, plantea la necesidad de comprender como los actores indígenas -en tanto miembros de sus pueblos- construyen, negocian y reproducen su Derecho y en ese proceso alimentan sus visiones del deber ser, del buen orden y la buena distribución.⁵⁹ Privilegiar la perspectiva interlegal no significa desconocer los aportes de una visión estructural que ayuda a reconstruir las normas jurídicas como marcos de referencia, sino que permite insistir en que la visión normativa es insuficiente si no se confronta con las prácticas sociales, con

59 Bourdieu, Pierre, "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico" en P. Bourdieu y G Teubner, La fuerza del derecho, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, pp. 153-220.

la manera en que los actores sociales hacen uso de las normas, cómo se apropián de ellas y, en ese mismo proceso, las reproducen o bien las transforman. Pero también significa que desde la mirada de las prácticas e interacciones sociales seamos capaces de reconstruir las lógicas culturales que marcan las dinámicas normativas y los procesos de disputa.

En los tiempos actuales de reivindicación de identidades étnicas, de multiculturalización del Estado y de globalización neoliberal, los ordenamientos comunitarios han debido redefinirse ante las nuevas condiciones políticas y económicas en las que se insertan; generando procesos de cambio contradictorios que, por un lado, impulsan la defensa y valoración del derecho propio y de las autonomías; y, por otro lado, apuntan hacia nuevos procesos de fragmentación comunitaria. La globalización efectivamente incide en las dinámicas locales obligando a los pueblos a generar nuevas estrategias para responder a los cambios. No todos tienen las mismas posibilidades de construir alternativas, y muchos de ellos terminan sucumbiendo al mercado y a la migración, lo que provoca que las comunidades se vacíen de jóvenes y cada vez se tengan menos posibilidades de renovar los lazos colectivos. Mientras, otros pueblos con fuerza organizativa están mostrando una enorme capacidad para transformarse sin perder su sentido comunitario, al reproducir con más fuerza sus vínculos identitarios. Los procesos son diversos y han sido descritos por Santos como la expresión de dos fuerzas convergentes de la globalización neoliberal: la globalización desde arriba, que se impone a los pueblos desde las lógicas del mercado; y, en contraposición, la globalización desde abajo, que da cuenta del sentido en que los actores locales son también capaces de generar respuestas que cuestionan el sentido hegemónico del capitalismo global. Se trata sin duda de fuerzas marcadas por diferenciales de poder que dan cuenta de la multidimensionalidad de los procesos políticos y jurídicos y las respuestas contrahegemónicas que se siguen generando. Tales procesos de globalización son referentes centrales para discutir el sentido en que los estados están redefiniendo sus pactos jurídicos y de control para reconocer la diversidad cultural en los espacios nacionales, desde marcos controlados.⁶⁰ Pero también, para comprender los límites de las políticas de reconocimiento y las respuestas gestadas desde las propias comunidades y organizaciones indígenas. Por esto, la perspectiva interlegal resulta especialmente sugerente para dar cuenta de la complejidad que marca hoy en día a las prácticas jurídicas atravesadas por diferentes ordenamientos normativos locales, nacionales y transnacionales; lo que resulta imperativo en el estudio del Derecho y la justicia indígena.

Con base en esta perspectiva de la interlegalidad pretendo aportar al estudio de los procesos jurídicos en las sociedades pluriétnicas y multiculturales, lo que resulta necesario para pensar en las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos indígenas. En este sentido es posible hacer las siguientes reflexiones:

60 Varios autores advierten sobre el efecto perverso de las políticas multiculturales impulsadas por el Estado neoliberal, que han tenido la capacidad de incorporar en sus lógicas culturales el discurso de la diferencia cultural controlada y limitada, sin generar cambios estructurales que ataque la desigualdad y cuestionen el orden instituido, Hale, Charles, "Does Multiculturalism menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala", *Journal of Latin American Studies*, 34(3), pp. 485-542, 2002.

Un hecho central en la concepción del Derecho Indígena desde una perspectiva interlegal significa reconocer que las sociedades indígenas no son entes aislados ni suspendidos en el tiempo, sino que se encuentran entrelazadas a las dinámicas regionales, nacionales y, hoy en día, transnacionales. Dichas dinámicas de corte económico, cultural y político inciden en los sistemas normativos de las comunidades y pueblos indígenas, y en su relación con el Derecho del Estado, propiciando una mayor o menor subordinación. Las comunidades indígenas son también espacios de poder y de pluralidad, lo que impacta en las dinámicas normativas internas y en las disputas por la legitimidad de las normas y las costumbres. Por esta razón el reconocimiento de jurisdicciones indígenas no significa pensarlas como ámbitos cerrados y autocontenido en los que se reproduce una tradición atemporal, sino como espacios autónomos y dinámicos donde el control de las decisiones internas y la defensa de lo colectivo permite la discusión de las normas, su enriquecimiento y la expresión de voces subordinadas. Tal es lo que plantean las experiencias contemporáneas de gobierno indígena en diferentes regiones y lo que revelan las respuestas que comunidades indígenas migrantes generan ante nuevos contextos de relación dentro y fuera del país.⁶¹

La apuesta de la interlegalidad se enfrenta, sin embargo, al reto de encontrar formulaciones jurídicas que, al mismo tiempo que defiendan las demandas legítimas de los pueblos indígenas en torno a la autonomía y la libre determinación, permitan desarrollar conceptualizaciones que no esencialicen a las costumbres y las normas indígenas; reproduciéndolas como entes fuera de la historia y del poder. Sólo así estaremos en la capacidad de cuestionar las ideologías legales dominantes basadas en el positivismo jurídico desde las cuales se ha tendido a inferiorizar y folklorizar a las culturas indígenas para evitar comprenderlas en sus propias lógicas culturales y de poder.

Desde su condición subordinada, los pueblos indígenas han aprendido a ampliar su repertorio cultural y legal; a moverse entre distintas lógicas y racionalidades; y, a construir nuevos conocimientos que les permiten articular mundos de vida diferentes. Esta capacidad puede ser utilizada en su beneficio si la incorporación de nuevos lenguajes o el recurso a instancias del Estado no significa debilitar sus propios espacios de ejercicio de autoridad y autonomía en tanto pueblos. Reconocer las jurisdicciones indígenas no significa pensarlas como entes aparte de las dinámicas jurídicas nacionales y globales, sino más bien como espacios controlados por los pueblos y sus autoridades, con sus propias síntesis prácticas de discursos normativos provenientes de fuentes diversas, abiertos al diálogo y la coordinación con la sociedad nacional. También, abiertos a discutir los sentidos diversos de la opresión dentro y fuera de las comunidades. Una interpretación de las políticas de reconocimiento desde la interlegalidad debe, entonces, apostar a construir

61 En torno a esta problemática se empieza a desarrollar una importante literatura que da cuenta de las nuevas modalidades de construcción de lo jurídico y de la gobernabilidad de comunidades indígenas en contextos transnacionales (Cfr., Castro, Yerko, "La mayoría invisible. Crisis y ciudadanía en la migración indígena", en *Rev. Alteridades* año 16, n.º31, enero-junio, 2006, pp. 61-72).

visiones no cerradas de los sistemas jurídicos indígenas ni del Estado, a pensar en sus conexiones y en las maneras en que mutuamente pueden enriquecerse y transformarse, pero también a definir alternativas para construir órdenes jurídicos plurales que obliguen al Estado a reconocer la diferencia cultural y la pluralidad normativa en su propio seno, como bien ha insistido Magdalena Gómez.⁶² Siguiendo una argumentación semejante, Catherine Walsh⁶³ propone la construcción de un proyecto intercultural y democrático para que las políticas de reconocimiento no signifiquen únicamente un reconocimiento constitucional a la pluralidad cultural y jurídica sin que esto implique transformar estructuralmente las relaciones de poder que han justificado la exclusión de los pueblos indígenas. De esta manera, las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural deberían propiciar nuevos diálogos con el Estado para transformar el orden jurídico dominante y cuestionar ideologías excluyentes y racistas que impidan reconocer al otro en su diferencia, pero también para cuestionar las bases históricas de la desigualdad. Los diálogos deben plantearse en ambas direcciones pues no solamente las sociedades indígenas deben adecuarse a las exigencias de la sociedad mayor, sino también las sociedades nacionales deben cuestionar modelos excluyentes y homogeneizadores sobre la ley y la cultura. Tales apuestas dialógicas sin embargo no podrán arraigarse si al mismo tiempo no se cuestiona la desigualdad social ni los diferenciales de poder que han marcado la opresión colonial en nuestras sociedades.

6. Bibliografía

- Benda Beckman, Franz, "Anthropology and comparative Law" in K. von Benda Beckmann and F. Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands*, Foris, Dordrecht, 1986, pp. 90-109.
- Benda Beckman, Franz, "Comment on Merry", en *Law and Society Rev.* Vol.22, n.5, 1988, pp. 897-901.
- Borah, Woodrow, "The Spanish and the Indian Law: New Spain" in G. Collier, R. Rosaldo & J. Wirth (eds.) *The Inca and the Aztec States 1400-1800*. Academic Press, New York, 1982.
- Bourdieu, Pierre, *Le sens pratique*, Seuil, París, 1981.
- Bourdieu, Pierre, "La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico" en P. Bourdieu y G Teubner, *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, pp. 153-220.
- Castro, Yerko, "La mayoría invisible. Crisis y ciudadanía en la migración indígena", en *Rev. Alteridades* año 16, num.31, enero-junio, 2006, pp. 61-72.
- Chanock, Martin, *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

62 Gómez, Op. Cit,

63 Walsh, Catherine, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico" en Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, n. 36, Quito.

- Chase, Sardi, *El derecho consuetudinario chamacoco*, RP. Ediciones, Asunción, 1987.
- Chávez, Claudia, *Del deber ser a la praxis. Los jueces de paz en el renovado campo judicial de Cuetzalan. ¿Hacia un fortalecimiento de la jurisdicción indígena?*, Tesis de Maestría en Antropología Social, CIESAS, México, 2008.
- Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio*, Quito, FLACSO – Ecuador, 2004.
- Chenaut, Victoria, *Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas del Distrito Judicial de Papantla*. Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales. El Colegio de Michoacán, Zamora, México, 1999.
- Chenaut, Victoria, "Prácticas jurídicas e interlegalidad en el distrito judicial de Papantla, Veracruz" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores México: 237-298, 2004.
- Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa, *Pueblos indígenas ante el derecho*, CIESAS – CEMCA, México, 1995.
- Collier, Jane, *Law and Social Change in Zinacantan*, Stanford University Press, Stanford University, Stanford. (ed. español), *El derecho zinacanteco*, CIESAS, [1973] 1995.
- Collier, Jane, "Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica" en Victoria Chenaut y María Teresa Sierra (coords.) *Pueblos indígenas ante el derecho*, CIESAS – CEMCA, México: 45-78, 1995.
- Collier, Jane, "Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, México: CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores, México: 57-114, 2004.
- Comaroff, John y Simon Roberts, *Rules and Processes, The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. The University of Chicago Press, Chicago, 1981.
- Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los triquis*, Instituto de Administración Pública de Oaxaca, Oaxaca, 1995.
- Fitzpatrick, Peter, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, London, 1992 (Hay versión en español: Peter Fitzpatrick, *La mitología del derecho moderno*, México, Siglo XXI, 1998).
- Garza Caligaris, Ana María, Género, interlegalidad y conflicto en San Pedro Chenalhó, PROIMMSE-UNAM, UNICACH, Chiapas, 2002.
- Gómez, Herinaldy, *De la justicia y el poder indígena*, Popayán, Editorial Universidad del Cauca, Colombia, 2000.
- Gómez, Magdalena, "Derecho Indígena y constitucionalidad" en Esteban Krotz (ed.) *Antropología jurídica perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos – UAM, Barcelona: 235-278, 2002.
- Griffiths, John, "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24, 1986, pp. 1-35.
- Hale, Charles, "Does Multiculturalism menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala", *Journal of Latin American Studies* 34(3), 2002, pp. 485-542.
- Hamel, Rainer Enrique y Héctor Muñoz, "Desplazamiento y resistencia de la lengua otomí: el conflicto

- lingüístico en las prácticas discursivas y la reflexividad", en Rainer Enrique, Yolanda Lastra y Héctor Muñoz (eds.) *Sociolingüística latinoamericana*, UNAM, México, 1988, pp. 101-146.
- Hernández, Rosalva Aída, "El derecho positivo y la costumbre jurídica. Las mujeres indígenas de Chiapas y su lucha por el acceso a la justicia" en Martha Torres (comp.) *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*, El Colegio de México, México, 2004, pp. 335-378.
- Hoekema, André, "Hacia un pluralismo formal de tipo igualitario" en *Rev. América Indígena* vol. LVIII, num. 1-2, enero – junio 1998, pp. 261-300.
- Igreja Lemos, Rebecca, "Derecho y diferencia étnica: La impartición de justicia hacia los indígenas migrantes de la ciudad de México" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores, México, 2004, pp. 409-474.
- Irigoyen, Raquel, "Pluralismo jurídico, Derecho Indígena y jurisdicción especial en los países andinos" en *Revista El Otro Derecho* N. 30, *Variaciones sobre la justicia comunitaria*, ILSA, Bogotá, 2003, pp. 171-195.
- Martínez, Juan Carlos, *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño en la región mixe*, INAH, México, 2004.
- Martínez, Juan Carlos, *La Nueva Justicia Tradicional: Interlegalidad y ajustes en los campos jurídicos de Santa María Tlahutoltepec y Santiago Iztayutla*, Tesis de Doctorado en Antropología Social, CIESAS, México de Antropología Jurídica, Oaxtepec, Morelos, México, 16-29 octubre, 2006.
- Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", en *Law and Society Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, pp. 889-922.
- Merry, Sally Engle, "Human Rights and the demonization of Culture", en *Polar*, pp. 26:1:55-77, 2003.
- Moore, Sally Falk, *Social Facts and Fabrications: "Customary Law" on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
- Moore, Sally Falk, *Law and Anthropology. A Reader*, Blackwell Publishing, Boston, 2005.
- Orellana, René, *Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechua de Bolivia*, Huella eds., La Paz, 2004.
- Nicasio, Maribel, "Procuración de justicia e interlegalidad en un municipio indígena de la Montaña de Guerrero" en María Teresa Sierra (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, México: CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editor, 2004, pp. 359-408.
- Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia – UNIJUS, Bogotá, 1998.
- Sousa Santos, Boaventura, "Law a Map of Misreading: Towards a Postmodern Conception of Law", en *Journal of Law and Society*, 14, 3, 1987, pp. 279-302.
- Sousa Santos, Boaventura, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, UNAM, México, 1998.
- Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, Bogotá, 1998 b.
- Sousa Santos, Boaventura, "Los paisajes de las justicias en las sociedades contemporáneas" en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Instituto Colombiano de Antropología e Historia / Universidad de

- Coimbra / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Colombia/ Siglo del Hombre Editores, Bogotá: 85-150, 2001.
- Sieder, Rachel, "Customary Law and Local Power in Guatemala" en Sieder, Rachel (ed.) *Guatemala after the Peace Accords*, ILAS – University of London, Londres: 97-115, 1998.
- Sieder, Rachel, "El Derecho Indígena y la globalización legal en la posguerra guatemalteca", en *Rev. Alteridades*, UAM-Izt, año 16, n. 30, 2006, pp 23-37.
- Sierra, María Teresa, *Discurso, cultura y poder. El ejercicio de la autoridad en pueblos nhahñús del Valle del Mezquital*, CIESAS- Gobierno del Estado de Hidalgo, 1992.
- Sierra, María Teresa, "Indian Rights and Customary Law in Mexico: a Study of the Nahuas in the Sierra de Puebla". *Law and Society Review*, volume 29, Number 2: 227-254, 1995.
- Sierra, María Teresa, "Derecho Indígena: herencias, construcciones y rupturas" en Guillermo de la Peña y Luis Vázquez (coords.) *La antropología sociocultural en el México del Milenio*, FCE y CONACULTA, México, 2003.
- Sierra, María Teresa, "Las mujeres indígenas y sus derechos. Retos de una justicia plural" en *Rev. Derechos Humanos y Acción Defensorial* (Rev. Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia), Año 1, No.1, 2006, pp. 73-94.
- Sierra, María Teresa, "Justicia Indígena y Estado: Retos desde la Diversidad, en Robinson, Scott, Héctor Tejera y Laura Valladares (coords.) *Política, etnidad e inclusión digital en los albores del Milenio*, Porrúa ed. y UAM-Izt., 2007, pp.265-294.
- Sierra, María Teresa (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editores, México, 2004.
- Snyder, Francis, "Falk and Historical Transitions: Some Conceptual Issues", en Antony Allot y Gordon Woodman (eds.) *People's Law and Ste Law*, Dordrecht, 1985, pp. 263-276.
- Speed, Sannon y Jane Collier, "El discurso de los derechos humanos y autonomía: dos casos en Chiapas" en *Rev. Memoria*, 2001, 139, pp. 12-15.
- Speed, Sannon y Jane Collier, "El discurso de los derechos humanos y el Estado: dos casos en Chiapas", *Memoria*, vol. 139, n. 5, 2001, pp. 5-11.
- Speed, Shannon, "Dangerous Discourses, Human Rights and Multiculturalism in Mexico", en *POLAR* Vol. 28, n.1, 2005, pp. 29-51.
- Speed, Shannon, *Rights in Rebellion. Indigenous Struggle and Human Rights in Chiapas*, Stanford, University Press, 2008.
- Starr, June y Jane F. Collier (eds.), *History and Power in the Study of Law. New Directions in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1989.
- Stavenhagen, Rodolfo, "Derecho internacional y derechos indígenas" en Esteban Krotz (ed.) *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos – UAM Izt., Barcelona, 2002.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, ONU-México y UNESCO, México, 2008.
- Taylor, William, *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*, Siglo XXI, México, 1987.
- Terven, Adriana, *Revitalización de la costumbre jurídica en el juzgado indígena de Cuetzalan. Retos*

- desde el Estado. Tesis de Maestría en Antropología Social, CIESAS, México, 2007.
- Vallejo, Ivette, "Relaciones de género, mujeres nahuas y usos de la legalidad en Cuetzalan" en Sierra, María Teresa (ed.) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS – Miguel Ángel Porrúa editora, México, 2007, pp.187-236.
- Van Cott, Donna Lee, "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia" en *Journal of Latin American Studies*, 32, 2000, pp. 207-234.
- Valdivia, Teresa, *Catálogo de competencias y normas en los sistemas de cargos Ayuuk (mixe, 1998-1999)*, IIA-UNAM, 2004, <http://132.248.110.3/cat-mixes/complementaria/etapas.php>
- Valdivia, Teresa, *Pueblos mixes: sus sistemas jurídicos, competencias y normas*, IIA-UNAM, México, en prensa.
- Walsh, Catherine, "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico" en *Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas*. Año 4, n. 36, Quito.





Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los Sistemas Normativos Indígenas

Asier Martínez De Bringas¹

Sumario

1. Los Sistemas Normativos Indígenas y el pluralismo jurídico. Exploraciones sobre sus fuentes de legitimidad – 2. La justicia indígena en el ámbito de los Derechos Humanos: marcos constitucionales y Sistema Internacional – 2.1 El vínculo del Derecho Indígena con el derecho a la cultura propia – 2.2 El vínculo del Derecho Indígena con el derecho a la autonomía – 2.3 La coordinación entre jurisdicciones indígena-estatal – 2.4 Justicia indígena y derechos humanos – 2.5 Derecho Indígena y su conexión con tierras, territorios y recursos naturales – 3. Especificaciones y complementos a los SNI: a la búsqueda de una concreción del PJ para los pueblos indígenas – 4. Conclusiones – 5. Bibliografía

Resumen

Este artículo se estructura en cuatro grandes momentos. Un primer momento, en donde se establecen las condiciones para fijar el fundamento de un posible Derecho a los que hemos llamado *Sistemas Normativos Indígenas* (SNI) como referente fundamental para definir el *pluralismo jurídico*. Un segundo momento, en el que se sitúa el concepto de justicia indígena en el discurso de los derechos humanos, teniendo en cuenta tanto referencias constitucionales de América Latina (Bolivia, Ecuador, Colombia) como del Sistema Internacional de Derechos Humanos. Es aquí en donde pondremos los SNI en conexión con una serie de principios básicos como son: el derecho a la cultura propia; el derecho a la autonomía; la necesaria coordinación entre jurisdicción indígena y estatal; el necesario vínculo de la justicia indígena con los derechos humanos; y el vínculo esencial entre el Derecho Indígena y sus tierras, territorios y recursos naturales. Un tercer momento en el que se establecen especificaciones y complementos al intento de fundamentar el derecho a los SNI, pero desde los pronunciamientos, informes, sentencias, ajustes jurídicos para entender los derechos de los pueblos indígenas, realizados por otros operadores

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto.
asier.martinezb@deusto.es

jurídicos en el marco del espacio regional de protección de los derechos humanos: la OEA, y especialmente, a partir de intervenciones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de referencias constitucionales latinoamericanas. Estos pronunciamientos e intervenciones funcionan como resortes jurídicos que complementan la construcción de un discurso jurídico de derechos humanos en relación a los pueblos indígenas, y muy especialmente, refuerzan el derecho a los SNI. Finalmente concluimos llamando la atención sobre la importancia de formular los SNI como Derecho de cara a un fortalecimiento de un pluralismo jurídico asumido con rigor, abriendo la puerta de lo que podemos llamar un Derecho postnacional o postconstitucional.

1. Los Sistemas Normativos Indígenas y el pluralismo jurídico.

Exploraciones sobre sus fuentes de legitimidad

Hablar de justicia indígena implica insertarse en las procelosas avenidas del pluralismo jurídico (PJ), categoría que hasta ahora ha gozado de un valor esquivo, pluri-semántico; sirviendo más para adjetivar y definir valores, situaciones, estatutos y coyunturas que ni eran plurales, ni jurídicas; o que en muchos supuestos, eran, más bien, el *alter ego* de una consideración amplia y flexible del pluralismo jurídico. Nos movemos en lo que en un sentido común llamaremos *PJ aparente*.

Hecha esta matización, hablar de justicia indígena implica referir a un todo mayor, más omnicomprensivo, como es el de los Sistemas Normativos Indígenas (SNI) que se conforman y despliegan en dialéctica conflictiva con los sistemas normativos del Estado. Por tanto, el marco de referencia del PJ es aquel que avista como núcleos normativos para el debate, la confrontación y complementación de los sistemas normativos estatales junto con los sistemas normativos indígenas. Nunca una visión aislada, atomizada y sin conexión de ninguno de ellos.

Vamos a entender el PJ como un hecho fáctico, como aquella situación en la que dialogan y se entreveran dos sistemas jurídicos diferentes y autónomos, que coexisten en el mismo campo social², cada uno válido por sí mismo en el orden de la fundamentación, sin necesidad de que ninguno de ellos tenga que remitir al otro como fuente última de validez y legitimidad. Sólo desde esta premisa constitutiva puede entenderse el verdadero sentido de lo que es el PJ. Ello implica cuestionar, *a priori*, cualquier forma de supremacía en la manera de gestionar las relaciones entre normas estatales y sistemas normativos indígenas. Los principios fundamentales que guían la articulación entre esos dos órdenes normativos serán los de colaboración, complementariedad, interconexión, coordinación y convergencia; frente a aquellas concepciones distorsionadas de PJ que introducen el principio de jerarquía

2 Lo hago en estricta consonancia con la definición dada por Merry, S. E., "Pluralismo Jurídico" en Merry S., Griffiths J., Tamanha, B.Z., *Pluralismo Jurídico*, Siglo de Hombre Editores, Colombia, 2007, pp. 89-141.

como el único motor fundamental desde el que se puede entender el funcionamiento entre órdenes jurídicos diferentes. Si este último fuera el caso en el que nos ubicamos y del que partimos –situando el principio de jerarquía como condición de posibilidad para el funcionamiento de órdenes jurídicos otros–, nos alejaríamos de una consideración fértil y porosa del PJ; acercándonos, con ello, a otra adjetivación jurídica distinta, en contradicción con la lógica de existencia de los propios derechos indígenas. Guiarse exclusivamente por el principio de jerarquía³ –como parece ser la práctica mayoritaria del constitucionalismo latinoamericano (y mundial)– implica una inversión en la lógica constitutiva del pluralismo (jurídico) al considerar que un solo sistema jurídico, como es el constitucional, es fuente última de validez y legitimidad de todos los ordenamientos jurídicos existentes en un marco estatal. En función de ello, los otros sistemas de derecho que existan, como los SNI, tendrán un carácter subordinado, constituido desde la legitimidad que otorga, despliega y concede el orden constitucional; en cuanto fuente última de valor y verdad. Trascender el principio de jerarquía a la Kelsen implica distinguir radicalmente entre sistemas internamente plurales, aquellos con los se expresa el *PJ aparente* para definir su diversidad interna; y pluralismo de sistemas: SNI frente a sistema normativo estatal.

Utilizamos la consideración de SNI puesto que la constelación de normas indígenas codificadas consuetudinariamente en torno a un sistema, trasciende el estrecho valor de lo jurídico, o con lo que se viene adjetivando como jurídico. Lo normativo hace alusión a una totalidad cosmovisional regulada y normada bajo otras formas de expresión que no necesariamente son consideradas como jurídicas; o que incluso van más allá que estas. En este sentido lo normativo alude a la dimensión cosmovisional de los pueblos indígenas encerrada en torno a un concepto colectivo de buen vivir y vida digna. De ahí la estrechez de miras cuando desde otro sistema normativo, como el estatal, se trata de reducir lo normativo a lo jurídico, tal y como esto es comprendido en el marco estatal. Lo normativo indígena trasciende lo jurídico estatal, otorgando y sugiriendo más pistas para enriquecer, fortalecer o complejizar el diálogo entre sistemas normativos. Por tanto, el concepto de PJ, como se viene entendiendo en un sentido convencional⁴, no puede encerrar la

3 La pertenencia de una norma a un sistema jurídico no depende de su contenido, ni de su fuente originaria de producción, sino del hecho de haber sido creada por entes y mecanismos competentes, siguiendo un procedimiento fijado en un origen último de sentido y validez, como es la norma fundamental llamada Constitución. En palabras de Kelsen el ordenamiento jurídico tiene: "una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación -y por consecuencia la validez- de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto". Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1979, p. 147.

4 Sería lo que Griffiths ha venido llamando *Pluralismo Jurídico débil*, esto es, aquel que se desarrolla sobre derecho transplantado; por el que "usos y costumbres", "derechos consuetudinarios indígenas" se incorporan asimilativamente, a veces incluso integrativamente, depende del registro constitucional, al régimen de Derecho del Estado. Hay una especie de concesión permisiva, con carácter vertical y jerárquico, desde lo que se considera normatividad constituyente: la constitución del Estado. La perspectiva aquí defendida tampoco se identificaría con lo que el mismo autor denomina *PJ fuerte*, en el que él mismo se sitúa, junto con Leopold Pospisil, con su multiplicidad de subsistemas jurídicos vinculados a subgrupos

categoría de SNI; estos transcinden el estrecho cincho de la juridicidad adhiriendo muchos más matices a la comprensión del sistema. Funcionan, más bien, con una sensibilidad heurística para hacer traducible al marco normativo estatal, los contenidos y el diagrama de los SNI. En este sentido, como Teubner, creemos que el Derecho tiene prácticas discursivas y comunicativas en la que los diferentes participantes codifican y regulan sus actos bajo la distinción binaria entre lo legal y lo ilegal⁵. Lo jurídico brotaría de convenciones y prácticas sociales que se definen a sí mismas como jurídicas; no de estructuras exteriores e impuestas a estos nichos de practicidad y convivencia⁶. Comprendido esto de esta manera, al insertar la disyuntiva tensionante de *pluralismo normativo-pluralismo jurídico*, como venimos haciendo, el campo de la complejidad y de la conflictividad aumenta. Pero también nos proporciona un mayor valor heurístico para comprender que los SNI no se levantan en abstracto, sino concomitantemente asociados al contenido material de muchos derechos colectivos: como la territorialidad, la autonomía y la jurisdicción indígena.

Es importante, en este esfuerzo, intentar comprender a los SNI de una manera no esencialista, cosa que resulta complicado hasta para los propios pueblos indígenas. Ello implica que, incluso para aquellas normas de los sistemas indígenas que puedan ser adjetivadas como jurídicas, el concepto de Derecho tiene que desvincularse de funciones, propiedades o características específicas, como lo hace en el marco estatal. La tendencia a entender el Derecho como institucionalización de procesos o como expresión de funciones cerradas y prototípicas como el *control social* o el *monopolio en el ejercicio de la fuerza*, en cuanto única expresión derivada de la metacategoría Estado-Democrático-Derecho, no son más que reducciones esencialistas⁷.

Los SNI pueden tener varios órdenes de consideración y valoración. Nos interesan dos. Uno sería el plano de la fundamentación por el que los SNI tienen un carácter pre-estatal. Es decir, responden a la cualidad de originarios al haberse constituido y aplicado con anterioridad a la constitución de los Estados-Nación. Con ello no queremos decir que en el orden de la fundamentación los SNI funden nada, más allá que a sí mismos. Únicamente otorgamos un estatuto específico a los SNI. Otro sería el plano de lo normativo, el campo

sociales; M. G. Smith, para quien el derecho funciona como un “orden interno” de grupos corporativos; Eugen Ehrlich, con su concepto de “derecho vivo”; o Sally Falk Moore, con su concepto de autogeneración de normas y el poder de los grupos sociales para hacerlas cumplir. Aún no compartiendo los fondos de estas perspectivas, constituyen un puente pedagógico importante con el que dialogar en este marco normativo. Cfr. Griffiths, J., “What is Legal Pluralism”, en *Journal of Legal Pluralism*, 1, (1986), pp.14-37; Moore, S. F., *Law as a Process*, Routledge, Boston, 1978; Ehrlich, E. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

5 Teunber, G., “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, en *Cardozo Law Review*, nº 13, (1992), pp. 1143-1462; “The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy”, *Law & Society Review*, nº 31 (4), 1997, pp. 763-787.

6 Tamanaha B. Z., “La insensatez del concepto científico social del pluralismo jurídico” en Merry, S., Griffiths, J., Tamanaha, B.Z., *Pluralismo Jurídico*, Siglo de Hombre Editores, Colombia, 2007, pp. 223-276;

7 Tamanaha, B. Z., “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, 2000, pp. 296-321.

real de los conflictos como consecuencia de la interactuación entre los sistemas normativos estatales y los SNI, entendiendo lo normativo como un término más prolífico, complejo y plural que lo jurídico; entreverando y complicando, en ello, otros derechos colectivos indígenas. Por razones prácticas y pedagógicas hablaremos de PJ como el escenario donde se produce, interculturalmente, el conflicto-diálogo entre legalidades para consensuar lo jurídico, pero siempre conscientes de que los SNI implican bastante más. Este es el ámbito que nos interesa y desde el que se ubica todo el sentido de este ensayo.

Ubicados en el plano normativo de interactuación entre sistemas normativos diferentes, es necesario considerar una serie de cambios que se están produciendo como consecuencia de la globalización del Derecho, y que afectan a la naturaleza y estructura del PJ. Esto es, que la interactuación determina en última estancia el campo de representación en que se ubica la escenografía del PJ y, por tanto, de los SNI.

Uno de esos cambios estructurales que es necesario restañar es la duda, más que legítima y razonable, que hay que poner sobre el aserto de que los sistemas normativos son expresión y hechura exclusiva del monopolio del Estado. Los SNI vienen a poner en crisis y a desbaratar esta afirmación. Hablar de SNI supone ubicar en el centro de la discusión el concepto de lo Político, en cuanto eje desde donde articular un PJ que adquiera especificación desde los SNI. La posibilidad de diseñar un concepto amplio, poroso y elástico de PJ, o por el contrario, restrictivo y estrictamente vinculado a la producción jurídica de los Estados, depende, en última instancia, de la concepción de lo político; con la que nos vengamos manejando para alcanzar una definición de contenidos y posibilidades.

Hasta ahora el PJ se ha venido definiendo en un campo epistémico en el que la política -en cuanto prácticas productoras de discursos normativos- quedaba subordinada al Estado por medio y a través de los partidos políticos. El resultado inevitable de esta operación es el monopolio político de la producción jurídica por parte del Estado: el monismo jurídico. Versiones débiles de esta operación, como se ha dicho, han sido expresiones de pluralismo donde la fuente de legitimidad y validez, última, de la producción normativa residía en sede constitucional. Sin embargo, hablar de SNI implica, o ha implicado, la existencia de un *movimiento indígena* que ha pujado violentamente por alterar y transformar la relación entre movimiento y política. La existencia de un posible movimiento indígena ha pretendido poner en escena otra lógica de poder y, concomitantemente asociada a la misma, otra manera de entender la producción normativa desde los propios SNI; dando contenido material concreto al PJ. Se ha pretendido, durante mucho tiempo, la sustitución de la política de partidos por la política de movimientos (indígenas). Una cuestión diferente es si esto se ha conseguido -quizá una aproximación a ello fue el proceso constituyente boliviano-; si ha periclitado este esfuerzo, o si se puede hablar al día de hoy de alguna suerte de movimiento indígena como tensión transformadora de la política en su esencia. De la posibilidad de dar respuesta a este planteamiento depende la suerte del PJ en serio y de los SNI. Por tanto, sin la existencia de un movimiento indígena que replantea las relaciones entre pueblos y el poder estatal, sin que se reformulen y tensionen dialógicamente las posibilidades de adaptación de la jurisdicción indígena al territorio del

Estado y de este último a los SNI -con todo lo que esto supone-, es muy difícil sostener una idea de PJ para los pueblos indígenas.

La existencia de un movimiento indígena redefine la lógica de la producción normativa estatal y propone como alternativa la dinámica de los SNI. Lo que se plantea es una profundización en el principio de igualdad; un paso más en la conquista de la igualdad material para los pueblos indígenas, en el marco del Estado. Una posibilidad para la consecución de una igualdad compleja y diferenciada es confrontarse con otros sistemas normativos, diferentes y complejos. Por tanto, los SNI no tienen una consideración aislada o autónoma en sí mismos, sino que son más bien la prolongación y el mecanismo de profundización en una estrategia política: la que ha venido proponiendo el movimiento indígena.⁸

Como hemos dicho, no está claro si este –el movimiento- existe como tal ahora mismo en América Latina, con lo que se alteraría, también, la tensión en el reclamo y en los modos de enunciación y de legitimidad de los SNI. La existencia del movimiento (indígena) ha implicado la irrupción en el escenario de lo político de una nueva acción, de una manera nueva de entender la esencia de lo político, que ha implicado en la creación de nuevos tiempos y espacios. Un tiempo distinto del de la economía de los flujos; un tiempo distinto que el de la acción procesal, tan propia de los sistemas normativos estatales; y, un espacio diferente que comprende nuevos lugares de representación para la legitimidad indígena a través de sus propios principios y autoridades, procedimientos, normas y acuerdos resolutivos. Espacio y tiempos nuevos, como los dos vectores políticos del movimiento indígena, constituyen el lugar desde donde puede interpretarse la novedad del PJ que los SNI proponen. Un espacio jurisdiccional nuevo no mediado por los flujos de la economía bajo cuya determinación funciona el Derecho estatal. Un espacio de legitimidad que permite entender los sistemas de autoridad, de jurisdicción, de validez, legitimidad, prescripción, verdad, etc. y, desde ahí, poder entender la novedad de un procedimiento y una jurisdicción indígena, medida políticamente por otras consideraciones de tiempo y espacio.

Otro cambio importante, estructuralmente concatenado al anterior, tiene que ver con la despolitización del Derecho estatal que se ha venido produciendo como consecuencia de la acción, punción y reclamo del movimiento indígena en las últimas décadas en América Latina. La despolitización del Derecho estatal implica una re-politización de los SNI cuya conclusión final es la validez y legitimidad de otros órdenes normativos. Allende del orden estatal, existen otros sistemas normativos distintos que reclaman su validez, lugar y tiempo de enunciación.

Una última transformación que atañe y da valor al objetivo de este escrito son las alteraciones que, paralelamente, se han producido en el Derecho (estatal) en cuanto instrumento y principio privilegiado para la transformación social políticamente legitimada. Es aquí donde se ubica con toda su intensidad la labor de un posible movimiento indígena que ha propuesto y desarrollado otras formas de entender la legitimidad y la legalidad, incluso, la transformación, en la manera misma de entender la soberanía. A ello han ayudado, sin duda, una serie de factores externos que han sido entendidos y utilizados sincrónicamente por el propio movimiento indígena, unas veces con más conciencia, y otras con menos.

Entre estos factores habría que citar la tendencia a la flexibilización y porosidad de las fronteras, junto con la idea de Estados abiertos en el sentido de globalización económica; la privatización y transnacionalización que se ha venido haciendo en la producción jurídica en general; la pérdida de capacidad de los Estados para determinar autónomamente el contenido del Derecho; la proceduralización del Derecho, lo que ha implicado una creciente descentralización en la toma de decisiones jurídicas; una mayor informalidad en los modos de producción jurídica y en la comprensión de las fuentes del Derecho, implicando una avenida de oportunidades para renegociar jurisdicción y espacios jurídicos desde la lógica de los SNI; o, por lo contrario, crisis en la arquitectura de los sistemas jurídicos, entendidos, hasta ahora, exclusivamente, como sistemas piramidales, herederos de una manera kelseniana de entender e interpretar el Derecho.⁹

2. La justicia indígena en el ámbito de los derechos humanos: marcos constitucionales y sistema internacional

Procederemos, escalonadamente, desde lo más abstracto. Esto es, la vinculación con lo que consideramos principios esenciales para dar sustento y formato al derecho a los SNI, amparados por y amarrados en la normativa internacional de derechos humanos; para transitar hacia expresiones más concretas, sugeridas desde sentencias y comentarios de operadores jurídicos en el marco de la OEA –Comisión y Corte Interamericanas, fundamentalmente–, que permitan dar una fisonomía más tangible y articulada al tema que nos ocupa: la fundamentación de los SNI como un derecho específico de estos pueblos.

El reconocimiento del Derecho y la justicia indígena quedan recogidas en los artículos 34 y 35 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁰ El germen de dichos artículos se encontraba recogido ya en el primer borrador de *Declaración* elaborado por la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de 1989, teniendo allí una consideración más amplia, pues se hablaba del derecho de estos pueblos a un reconocimiento de sus características propias en el “sistema jurídico y en las instituciones políticas y socioeconómicas”.¹¹ Por tanto, los artículos de la Declaración no son más que la expresión final de un proceso de negociación política, de traspaso y selección jurídica, que dista mucho de la consideración de PJ que previamente hemos afirmado. El contenido final de los artículos 34¹² y 35¹² son una traducción de traducciones de lo que sería el sentido

8 Estévez Araujo, *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidades Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

9 Nos inspiramos en las sugerentes propuestas realizadas por Luis Rodríguez-Piñeiro, “Justicia y Derecho Indígena”, en Berraondo, M. (ed.), *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Punto y seguido*, Alternativa, Barcelona, 2008, pp. 123-138.

10 E/CN.4/Sub.2/1989/33(15 de junio de 1989), art. 21.

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

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

originario de los SNI en la manera de entender y articular estas cuestiones y sus contenidos. De ahí que, frente a los términos defendidos en la primera parte de este trabajo, el texto de la Declaración hable reductivamente de *sistemas jurídicos* indígenas, de *Derecho Indígena*, acotando estrictamente el sentido del PJ propuesto. Sin duda la Declaración fue un proceso conflictivo de negociación política, sobre términos y categorías, cuyo consenso final, plausible en términos de derechos humanos, expurgó las densas dimensiones con las que necesitan expresarse los SNI. Sin embargo, el valor propedéutico y heurístico de la Declaración para la profundización –a través de un largo sendero político de lucha, articulación e implementación de los derechos allí recogidos y reconocidos– es indiscutible.¹³ La importancia jurídica y política de su implementación tiene que ver con la posibilidad de profundizar en los densos sentidos que los SNI poseen en sus articulaciones originarias.

En los procesos de negociación política de la Declaración y en sus procesos de implementación posterior, así como en lo que constituyen los laboratorios de experimentación más interesantes en materia de derechos indígenas como consecuencia de sendos procesos constituyentes –como han sido el caso de Bolivia y Ecuador–, se han podido observar enconadas tendencias a limitar el reconocimiento de la Justicia indígena; reconduciéndola, de manera aditiva, a los postulados y exigencias del Derecho estatal. También se han podido testar problemas de fondo y de forma que pueden sugerir criterios para el arraigue y la implementación de los SNI en el marco del Estado. Así, en algunos supuestos se ha querido articular el *Derecho Indígena* a partir de funciones propias que corresponden al derecho estatal, como es la función de control social. Esta desviación, en ambos márgenes del debate, ha llevado a movilizaciones sospechosas, restricciones y retractaciones en el ámbito de interlocución del Estado. Otras veces se ha querido coronar a los SNI con características propias y típicas del Derecho oficial y de sus funciones, como reacción alérgica y comprensible a que el Derecho estatal pueda devorar el sentido último de los SNI si estos no se pertrechaban desde el principio con una cierta pretensión de hegemonía. En otras ocasiones hay que constatar la imposibilidad para fundamentar un concepto transcultural de lo normativo y del Derecho que permita identificar derechos en todos los contextos indígenas. Es decir, la imposibilidad de traducir a códigos normativos las expectativas y exigencias de derechos indígenas en un sentido lato.

Si retornamos al artículo 34 de la Declaración puede atisbarse con claridad, en su redacción normativa, la existencia de una dicotomía y fractura fundante, enormemente expresiva para lo que venimos argumentando. Por un lado habla, de manera separada, como desgajado del sentido de los SNI, de “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas”; y, por otro lado habla, en un sentido dicotómico, de cuando existan “costumbres o sistemas jurídicos”. Como si los dos elementos puestos en confrontación paralela no constituyeran parte integrante e inconsútil de los SNI.

13 Cfr. Cartes C. y Stavenhagen, R. (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Iwgia, Copenhague, 2010.

Además de estos dos artículos de la Declaración, el Convenio 169 de la OIT hace referencia, en el artículo 8.1, a “costumbres” y “Derecho consuetudinario”, que deberán ser tomados en consideración por los Estados al aplicar la legislación nacional. En el 8.2 habla de “costumbres e instituciones propias” cuyo límite de articulación será los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional y el Derecho Internacional de los derechos humanos.¹⁴ El artículo 9.1 obliga a los Estados a respetar “los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

En el contexto americano, el proyecto de *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* incluye un amplio reconocimiento del Derecho Indígena como “parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados”, regulando, a diferencia de la Declaración de la ONU y del Convenio, la incorporación en el derecho estatal de los “sistemas legales y organizativos indígenas”.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso *Awas Tingni* otorgó un valor más trascendente y amplio al Derecho consuetudinario indígena que los meros valores, usos y costumbres. Es el propio Derecho Indígena, como una totalidad abstracta, el que sustenta otros derechos más específicos, como el derecho de propiedad comunal sobre tierras, territorios y recursos naturales, en ausencia de un título formal en conformidad con el Derecho estatal, teniendo el mismo valor que el mismo.¹⁶

2.1. El vínculo del Derecho Indígena con el derecho a la cultura propia

Dicho vínculo queda recogido a través de la conexión entre el artículo 34 y el 11 de la Declaración. En este sentido el Derecho Indígena se expresa como derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Es a partir de este vínculo por el que tiene sentido hablar de SNI. Como se ha hecho en la primera parte, esto es, entender que el Derecho Indígena tiene un fundamento más hondo que arraiga en procesos culturales y cosmovisionales; trascendiendo el simple debate sobre la juridicidad y el Derecho. Es por ello que el reconocimiento del Derecho Indígena implica, de manera inherente, todo el aparato institucional y jurisdiccional necesario para su aplicación y concreción. Por tanto, institucionalidad indígena y jurisdicción propia son condiciones de posibilidad, asideros

14 A este respecto, la Constitución peruana guarda consistencia con el Convenio al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona. Otras constituciones limitan el reconocimiento de la jurisdicción al respeto de la Constitución y las leyes en un sentido abstracto. Venezuela resulta más restrictiva al establecer como umbral de recorte de la jurisdicción indígena un límite tan omnicomprensivo como el orden público.

15 Proyecto de Declaración Americana, Art. XVI.1.

16 CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

necesarios de este Derecho. El artículo 35 también enfatiza en ello al establecer que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades. Ello presupone la existencia de un conjunto normativo de prácticas, de procedimientos, de principios, de referencias institucionales, etc., todas con carácter intracomunitario, que son las que darían contenido y fisonomía a los SNI. Como se ve, el fundamento último de esta conexión es la cultura en su sentido colectivo y complejo. Derivar responsabilidades de estos presupuestos supone trascender la mera consideración de prácticas normativas y ubicarse, más bien, en una consideración de SNI. En todo ello hay un tránsito necesario de una cosmovisión liberal, arraigada en consideraciones individuales de vida y convivencia como la del Estado, a una cosmovisión colectiva, acorde a la de los pueblos indígenas, cuyo centro de potencialidades son los SNI. En esta conexión con la cultura se establece también una triangularidad entre derechos colectivos indígenas (territorialidad, autonomía), el Derecho Indígena y los procesos culturales: todo ello dan medida material de los SNI.¹⁷

El artículo 34 también establece algunos límites claros como aquellos supuestos en que sistemas, prácticas, procesos, tradiciones, etc., no se encuentren vigentes por extinción o por una transformación radical de las prácticas culturales y formas de vida; el ejemplo lo encontramos en las migraciones urbanas. Entre estos límites estaría también el hecho de que el Derecho estatal rija como Derecho supletorio; que, bien entendido, tiene una función garantista interpretado desde la necesaria tensión entre derechos individuales y colectivos; más que de simple coerción de la razón jurídica de Estado sobre el Derecho Indígena. Sin embargo, la regulación y tasación concreta de la supletoriedad, asegurando su valor instrumental más que sustantivo, es importante para que esta cláusula no funcione como criterio sistemático de invasión y subsunción de un sistema normativo por el otro.

De alguna manera, el artículo 34 no hace sino apuntalar el carácter dinámico, fluyente y cambiante del Derecho Indígena, en conexión última con las prácticas culturales y cosmovisionales que se producen, y reproducen, con nuevas expresiones en cada momento.

2.2. El vínculo del Derecho Indígena con el derecho a la autonomía

Se trata de poner en conexión los artículos 34 y 35, con el artículo 4, en donde se reconoce “el derecho a la autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con los asuntos internos y locales”. Se trata de una nueva triangularidad a partir de las exigencias que reclaman para su arraigue los SNI. En este supuesto, de manera evidente, el derecho a la

17 Una expresión, a modo de principio de lo afirmado, puede verse en el Preámbulo de la Declaración cuando dice: “Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos [...]”.

autonomía funciona como condición de posibilidad para el ejercicio de la institucionalidad propia y de la jurisdicción indígena. Elementos inescindibles de las autonomías indígenas serían la territorialidad; la gestión, administración y propiedad de los recursos naturales; el fortalecimiento de la institucionalidad indígena para poder hacerla viable; la profundización política en la delimitación descentralizada de sistemas educativos y de salud propios; el fortalecimiento y sistematización de las distintas formas y prácticas con las que se presenta el Derecho Indígena, etc. Ello afecta al corazón de lo que venimos considerando como SNI.

En concreto, del espíritu de la Constitución boliviana se deriva la necesidad de combinar un concepto intercultural de *jurisdicción indígena*, junto con el de territorialidad y autonomía; accediendo, de esta manera, a una rica combinación de principios y derechos constitucionales en clave intercultural. Es decir, combinar necesariamente estos derechos-fuertes, tan propios de la cosmovisión indígena, y no proceder a una interpretación aislada y atomizada de sus contenidos y naturaleza. Ello otorga importantes pistas para entender las profundidades y exigencias del PJ. Estamos ante la necesaria reciprocidad e interconexión entre derechos individuales y colectivos para poder entender los derechos indígenas en su completitud.¹⁸

Combinar, sincrónicamente, territorialidad-jurisdicción-autonomía resulta útil para poder comprender la complejidad de los derechos indígenas, por un lado, y de los SNI, por el otro. La *territorialidad* permite inferir el ámbito desde el que se definen y delimitan simbólica y materialmente las jurisdicciones indígenas. La *autonomía* indígena permite aproximarse a la delimitación de las competencias reales y concretas que competen a esas jurisdicciones, como ámbito más amplio para enmarcar las relaciones socio-jurídicas de estos pueblos, a partir de una combinación cruzada de intereses y niveles -nacional, departamental, municipal- en la gestión de competencias. Por otro lado permite encuadrar diferentes ritmos y cosmovisiones en los procesos de construcción e implementación de la(s) autonomía(s) indígena(s) y los procesos de descentralización. La *jurisdicción* indígena constituye el lugar desde donde fijar procedimientos para que territorialidad y autonomía puedan ejercer sus competencias, y como espacio para la construcción de mecanismos interculturales que solucionen conflictos entre sistemas jurídicos diferentes, entre interlegalidades distintas: la estatal y la indígena.¹⁹

18 Ese es precisamente el tenor y el espíritu del artículo 1 de la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* cuando establece: “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”. Como vemos, insiste en el “disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, en un marco más plural de jurisdicciones. Este artículo habría que dialectizarlo y conjugarlo con el artículo 3 cuando dice: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

19 Martínez de Bringas, A., “El reto de hacer efectivo los derechos de los pueblos indígenas: la difícil construcción de una política intercultural”, en *Pueblos indígenas y política en América Latina*, Martí, (ed.), CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 311-340.

2.3. La coordinación entre jurisdicciones indígena y jurisdicción estatal

Asentado lo anterior, una parte importante del conflicto entre sistemas normativos tiene que ver con las condiciones de posibilidad y participación en las formas de coordinación. Como se dijo en la primera parte del trabajo, lo que caracteriza al PJ son precisamente la existencia de principios como coordinación, compenetración y complementariedad. Las condiciones procesales en las que se construye, diseña e implementa la coordinación es fundamental para el sostenimiento de los SNI. Fallas en la dimensión procesal de esta coordinación implican la suspensión del contenido sustantivo de los derechos, en juego en este conflicto. La regulación jurídica de este proceso de coordinación puede encontrarse en el Convenio 169 de la OIT, precisamente en su artículo 8.2: “procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir”. En el proyecto de *Declaración Americana* es más profuso y pertinaz al establecer en su artículo XVI (1) que el Derecho Indígena deberá ser reconocido como parte del orden jurídico de los Estados, en consulta y con el consentimiento de los pueblos indígenas (XVII, 1). Ello implica, necesariamente, la introducción y adaptación bilateral de los SNI al Estado, pero también, a los propios pueblos indígenas. Sin una relación dialógica de derechos-deberes la lógica de los derechos no podría encontrar sustento.

Desde una perspectiva constitucional, en lo que hace referencia a PJ interno, las constituciones de Colombia y Perú les reconocen a los pueblos indígenas: i) la potestad de establecer sus propias instituciones y autoridades (autoridades propias, legítimas, naturales); ii) la potestad normativa de darse sus propias normas y procedimientos; iii) la potestad de administrar justicia o ejercer funciones jurisdiccionales, lo que supone la posibilidad de establecer jurisdicciones especiales indígenas, ejercer funciones judiciales específicas para la resolución de conflictos o disponer de instancias de justicia propias.

En cuanto al ámbito de competencias jurisdiccionales,²⁰ las distintas constituciones manejan registros diferentes en relación a tres esferas de competencias: territorial, personal y material. Colombia y Perú se mueven más en el ámbito de la competencia territorial, a partir de sendos reconocimientos territoriales en la esfera constitucional. Venezuela maneja registros de competencia personal. Ecuador y Bolivia se abren, sin duda, a una consideración material de las jurisdicciones, con amplia competencia personal en el supuesto que los conflictos afectasen a bienes jurídicos indígenas. Sin embargo, en ciertos países, el ámbito material de las jurisdicciones ha sido recortado por vía legislativa, como ha sido el caso de

20 Cfr. Irigoyen, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, C., *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011, pp. 139-159; “Pluralismo jurídico, Derecho Indígena y jurisdicción especial en los países andinos” en *El Otro Derecho*, nº 30, junio 2004, IISA, Bogotá, pp. 171-195; “Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos” en Castro, M., *Los desafíos de la interculturalidad*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, pp. 191-228.

Venezuela a través de la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas; o por vía jurisprudencial, como en Colombia. En Colombia, por ejemplo, puede hablarse de jurisdicción ordinaria y jurisdicción especial indígena, teniendo ésta un carácter excepcional y subsidiaria respecto a la vía ordinaria. También aquí, por vía jurisprudencial, se fijaron una serie de límites materiales para evitar desfondar y dejar sin competencia material a la jurisdicción indígena. Esos límites implicaban que la jurisdicción indígena no pudiera afectar ni referir a supuestos que tuviesen que ver con dimensiones que afecten a la vida de las personas, como la pena de muerte; a tortura o esclavitud; o incluso que las decisiones en jurisdicción indígena fueran predecibles, respetando, el sentido procesal del debido proceso.²¹

Los dos últimos procesos constituyentes en América Latina, el boliviano y el ecuatoriano, también han supuesto un ajuste cualitativo, una profundización en los contenidos de un PJ que pueda dar cabida a los SNI. Constituciones como la boliviana no sólo otorgan una dimensión específica al tratamiento del SNI, sino que este, de alguna manera resulta transversal en todo el texto. De hecho, el ejercicio de los sistemas jurídicos indígenas se realizan en consonancia con la cosmovisión de estos pueblos; acercándose al sentido de PJ esbozado en la primera parte de este artículo.

De manera general, en ambas constituciones, se reconoce el principio de PJ, junto con la libre determinación de los pueblos. Ello implica un reconocimiento de las autonomías indígenas como condición para el ejercicio de las jurisdicciones, permitiendo la elección de autoridades de acuerdo a mecanismos de elección propios. En consonancia con esto último, se garantiza la equidad de las mujeres en la participación y formas de representación en sus propios sistemas de autoridad. Además, se establece el principio de igual jerarquía entre jurisdicción indígena y la ordinaria. Esto significa que la jurisdicción indígena originaria campesina, en Bolivia, es autosuficiente y se agota en sí misma sin necesidad de autorización o validación por parte de la jurisdicción del Estado. Como novedad, en Bolivia se establece un Tribunal Constitucional Plurinacional de composición plural y paritaria. El PJ se encuadra en el marco de principios como justicia, solidaridad y diversidad. Se reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo con el Derecho propio.

Pese a todos estos avances reales, en Bolivia se ha procedido a una fuerte limitación de las competencias jurisdiccionales indígenas por vía legislativa. En este sentido se ha recortado la autonomía indígena como condición de posibilidad más apta para el ejercicio de los SNI, a la vez que se han producido serias limitaciones para el ejercicio de la competencia territorial, material y personal en el ámbito de la jurisdicción indígena.

En lo que hace referencia a la coordinación y resolución de conflictos entre jurisdicciones, en las constituciones de Perú y Colombia se habla de una ley de coordinación; en Ecuador de ley de compatibilización, mientras que la Constitución

21 Sánchez Jaramillo, E., *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para minorías Étnicas, Bogotá, 2001.

boliviana remite a una ley de deslinde jurisdiccional. Resulta fundamental, para este ejercicio de coordinación, la horizontalidad como criterio regulador y estabilizador del sistema normativo estatal con el indígena. Es esta horizontalidad la que se ha mostrado al final más retórica, y las pretensiones de profundización en el PJ han quedado desbaratadas en los procesos postconstitucionales por vía legislativa, como se ha expresado previamente; atentando, de esta manera, contra la horizontalidad necesaria reclamada desde el principio de coordinación jurisdiccional. Retazos de estos zarpazos al PJ puede verse en el hecho de que la composición paritaria y la naturaleza netamente intercultural, diseñada para el Tribunal Constitucional boliviano, han quedado muy rebajadas por medio de regulaciones administrativas posteriores. Este intento de ajustar los SNI al Estado, ha desnaturalizado aquellos elementos del PJ a la vez que ha fortalecido la jurisdicción del Estado, en este ejercicio de falsa coordinación inter-jurisdicciones.

2.4. Justicia indígena y derechos humanos

El artículo 34 establece el necesario ajuste del Derecho y la justicia indígena a las normas internacionales de derechos humanos. De nuevo este artículo 34 conecta interpretativamente con el artículo 1 de la Declaración al decir: "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos". La conexión a este criterio no funciona como una restricción a la jurisdicción indígena, sino más bien como un criterio de garantismo intercultural. Se expresa como hermenéutica para la comprensión de la totalidad de los SNI en relación con los derechos humanos. Se establece aquí, como criterio intercultural, la necesidad de tensionar todos los derechos colectivos con la dimensión individual de los derechos que también corresponden a toda persona indígena. No hay una prioridad lógica, analítica ni epistémica de lo individual sobre lo colectivo, ni de lo colectivo sobre lo individual; sino una constante tensión y confrontación de lo uno con lo otro para resolver conflictos de bienes jurídicos entre derechos. Hay un reconocimiento de la doble dimensión, individual y colectiva, que corresponde en todo momento a los pueblos indígenas, tensión cuya resolución exigiría un análisis intercultural localizado y situado. Esta tensión es paralela, en los fondos del conflicto, a la necesidad de coordinación entre SNI y sistemas normativos estatales: la tensión en toda su expresión entre cosmovisiones colectivas (indígenas) e individuales (el Estado). Ahora bien, esta dialéctica confrontación no implica, en ningún momento, un sometimiento de los SNI al Derecho interno de los Estados. Los principios de coordinación y autonomía son fundamentales en la lógica de este conflicto para diferenciar al PJ de cualquier expresión de monismo jurídico con pretensiones de pluralidad.

El PNUD también define e identifica el acceso a la justicia indígena con los derechos humanos. Lo define como: "La capacidad de los individuos de buscar y obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas a través de las instituciones formales o

informales de justicia, de conformidad con las normas de derechos humanos".²² Esta definición, desde la abstracción de atributos culturales, cosmovisionales y colectivos, constituye una consideración de la Justicia en clave de derechos. Enrocando los SNI en necesidades, pretensiones o expectativas que pueda tener cualquier persona y/o grupo; en cualidades universalizables y predicables respecto de cualquier ser humano. Desde ahí, el propio PNUD, desgrana algunos elementos esenciales para dar corporalidad expresa a esta necesidad universal de justicia, como son: la protección legal, lo que implicaría reconocimiento de derechos en el interior de los SNI a autonomía, jurisdicción, territorialidad, autoridades e institucionalidad propia, mecanismos y reglas propias de articulación jurisdiccional de acuerdo a criterios culturales y cosmovisionales, etc.; conciencia legal, que implica conocimiento veraz e informado sobre sus propios derechos y, fundamentalmente, sobre el derecho a los SNI; asistencia y asesoramiento legal, que conlleva a toda la dimensión positiva y capacitadora en el ejercicio de los sistemas de justicia indígena; adjudicación, lo que significa todo el complejo y entramado proceso de articulación *inter e intra* jurisdicciones; ejecución, esto es, condiciones necesarias para la implementación veraz de los SNI; mecanismos de supervisión por parte de órganos interculturales en el marco de la sociedad civil, etc.

2.5 Derecho Indígena y su conexión con tierras, territorios y recursos naturales

El Derecho Indígena, de manera más amplificada, los SNI, alcanzan su máximo expresión, o un nivel de expansión e intensidad muy importante, por medio de su conexión con el derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales. Ese es el propósito del artículo 26 de la Declaración cuando establece a través de sus tres párrafos lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que *tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido*.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen *en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento *respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate*.

La cursiva, expresa esa dimensión de los derechos de territorialidad que engarza, complementa, compenetra y da sentido a los SNI. Su fundamento y desarrollo implica y

22 UNDP [PNUD], *Programming for Justice – Acces for all. A practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, 2005.

compromete estructuralmente a otros derechos, como los de territorialidad y a los recursos naturales aquí contenidos.

En este mismo sentido, hay que interpretar el vínculo del artículo 34 con el 27 de la Declaración. Es el Derecho Indígena condición de posibilidad de los derechos de propiedad, posesión, y uso de territorios y recursos. Por tanto, formará parte de la articulación de los SNI la forma tradicional de ocupación o utilización de las tierras y territorios, entendiendo que lo tradicional establece el vínculo y conexión entre pueblos indígenas y sus territorios; vínculo al que se debe otorgar plenos efectos jurídicos por su enroque y arraigue en los SNI. La territorialidad no es un elemento instrumental a los SNI, en cambio la territorialidad otorga pertenencia de los pueblos a los lugares que ocupan y utilizan de manera tradicional. Precisamente, porque las maneras de habitar, utilizar, usar o usufructuar territorio reside y permite un arraigo a sus SNI. El nivel de relación entre SNI, territorios y recursos es de necesaria complementariedad, mas no de autónoma funcionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la sentencia Awas Tingni, hace explícita referencia a esta cuestión al establecer como principio el hecho de que la propiedad comunal indígena sobre tierras tradicionales es producto de la costumbre y del Derecho Consuetudinario Indígena. Por tanto, el reconocimiento de la territorialidad indígena no está vinculado a la existencia de un título oficial de propiedad sobre ellas, ya que son otras expresiones, fundamentadas desde los SNI, las que dan carta de naturaleza y sustento a la territorialidad indígena.²³ Ello es aplicable a los conflictos de propiedad con terceros presentes en territorio indígena, o incluso a la explotación de recursos naturales en territorio indígena.²⁴

En este sentido es muy sintomático que la Declaración establezca la necesidad de que el Estado otorgue su “reconocimiento oficial” a través de los procesos de demarcación y titulación. Reconocer no es crear. Los derechos territoriales indígenas existen con carácter pre-estatal. Su fundamento y sentido no arraiga, en el orden de su existencia, en el reconocimiento estatal; sin embargo, si lo necesita para su implementación y garantía, circunstancia totalmente diferente. Por ello, la delimitación, demarcación y titulación debe basarse en el derecho y prácticas de estos pueblos, esto es, en sus SNI. En cambio, no debería asumirse en criterios agraristas, civilistas o estatales en la manera de entender y proyectar la propiedad.

En relación a las *violaciones del derecho territorial indígena*, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha ido haciendo aportaciones sustantivas y de enorme trascendencia para entender las formas y maneras de reparación en estos supuestos. Estas decisiones afectan de manera directa y transversal a la relación de interdependencia

23 CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151.

24 CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153 y ss.

que se produce entre los SNI, los derechos territoriales indígenas y el Estado. Se establece en forma de preámbulo de intenciones que la forma más acertada para la reparación es la restitución del territorio ancestral reclamado. *Restitutio in integrum* lo llama la Corte Interamericana²⁵ por considerar que los Estados están obligados a respetar y restituir los derechos a la propiedad comunitaria, así como al otorgamiento gratuito de tierras en extensión y calidad suficientes para la conservación y desarrollo de sus formas de vida.²⁶ Esto engarza, directamente, con la necesidad de promocionar y proteger los SNI como condición de posibilidad para el ejercicio de los derechos territoriales.

Si no fuera posible la restitución, se impone la necesidad de la compensación de acuerdo con el *valor* que la tierra perdida tiene para los pueblos indígenas.²⁷ Esto es, otorgar tierras alternativas en calidad y extensión suficiente, vinculando la calidad, directamente, con el sentido práctico de su uso, ocupación y utilización, a partir de los SNI. Siempre subyace el derecho a la indemnización en estos supuestos de restitución, pero esta es instrumental y funcional a la restitución del territorio desde las lógicas que los SNI establezcan.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General 23,²⁸ ha establecido para los Estados:

... que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.

Además, la Corte Interamericana ha establecido que las reparaciones por violaciones de derechos territoriales tienen una dimensión individual y otra colectiva,²⁹ siendo esta última la que nos interesa por su conexión con los SNI. En este sentido establece que las reparaciones han de cubrir los daños inmateriales causados a los pueblos por la violación

25 CORTE IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 281.

26 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 50, Recomendación 1.

27 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 241. Ver también: CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 149.

28 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación General N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5.

29 CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 188 y 189.

de sus derechos territoriales, entendiendo por daño inmaterial el “[que] puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”.³⁰ Para la valoración de los daños inmateriales ha de tenerse en cuenta que la falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria causa sufrimiento a los miembros de las comunidades indígenas afectadas.³¹ Así también ocurre con la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal o las graves condiciones de vida a las que se han visto expuestos los miembros de la comunidad, a causa de la demora estatal en la realización efectiva de sus derechos territoriales.³²

La especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios tradicionales, también ha sido tenida en cuenta por la Corte a la hora de establecer las reparaciones. Así, en el caso *Moiwana*, la Corte consideró que el desplazamiento forzoso de la comunidad había causado daños emocionales, espirituales, culturales y económicos a sus miembros, considerando este hecho relevante para el cálculo de las reparaciones por daño inmaterial que el Estado debía otorgar.³³ En efecto, la relación con el territorio y su significado es relevante para fijar el monto de las indemnizaciones compensatorias: “la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general (...) implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de *valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos*, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e *identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a futuras generaciones*”³⁴. Para los pueblos indígenas y tribales, “la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.”³⁵ En forma similar, en el caso de la comunidad *Sawhoyamaxa*, la Corte Interamericana tuvo en cuenta, al valorar el daño inmaterial, “la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la comunidad *Sawhoyamaxa*, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales”.³⁶

30 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 219.

31 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 73-75.

32 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 202.

33 CORTE IDH, Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 195(c).

34 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 203.

35 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 216.

36 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 221.

Como ha quedado evidenciado, existe una relación estructural, complementaria e interdependiente entre SNI y territorialidad indígena en un sentido lato.

También es importante hacer referencia a las reparaciones, en aquellos supuestos, que afectan a recursos naturales situados en territorios ancestrales, por las implicativas referencias que éstas tienen para los SNI. Puede hablarse de indemnizaciones por daños ambientales causados por proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en la medida que afecten a las actividades básicas de subsistencia de los pueblos indígenas, prácticas enclavadas estructuralmente en lo que venimos llamando SNI³⁷.

El artículo 40 de la Declaración también es muy denotativo a este respecto cuando habla de “una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos”. Con ello se está aludiendo a daños causados sobre la capacidad productiva de las tierras, sobre sus recursos, o que afecten a la propia salud de los pueblos indígenas; elementos, todos ellos, que se conectan con cuestiones axiológicas culturalmente arraigadas en las cosmovisiones y en los SNI. No se acota el tenor de estas disposiciones sólo para los Estados, sino que también refieren y afectan a empresas comerciales y otros actores privados. Cuando se habla, en relación a estas reparaciones, mecanismos efectivos y accesibles de reparación, efectividad y accesibilidad son adjetivaciones que deben cobrar sentido desde el marco de los SNI; esto es, desde otras calificaciones normativas que las del Estado. El derecho a participar en la determinación de los daños ambientales causados por estos proyectos implica tener en cuenta, de manera directa y estructural, lo que se consideran como actividades básicas de subsistencia para estos pueblos, incluyendo sus propias prioridades de desarrollo, e implicando de manera estructural ese gran paraguas normativo que son los SNI³⁸.

La sentencia sobre el caso *Saramaka* establecía de manera contundente que:

(...) el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo *Saramaka*, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no sólo en cuanto a los *recursos de subsistencia* sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo *Saramaka* tiene con su territorio (...). Asimismo, existe prueba que indica el sufrimiento y la angustia que el pueblo *Saramaka* ha atravesado como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio que tradicionalmente

37 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

38 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

han ocupado y utilizado durante siglos (...), así como la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a dicho derecho (...). Todo ello constituye una denigración de sus valores culturales y espirituales. La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka les da el derecho de obtener una justa indemnización.³⁹

Además la Corte añadió que: "todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la 'justa indemnización' que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus *costumbres y normas tradicionales*, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia".⁴⁰

3. Especificaciones y complementos a los SNI: a la búsqueda de una concreción del PJ para los pueblos indígenas

Transitaremos, en este epígrafe, a través de dos momentos que guardan conexión entre sí. En primer lugar, complementando los contenidos materiales de los SNI⁴¹ con especificaciones y aportes sustantivos sustraídos de informes y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y sentencias de la Corte IDH, en el marco de la OEA, con el fin de otorgar un fundamento más sólido y desarrollado a los SNI. Se trata, en definitiva, de otorgar más argumentos para fundamentar el derecho a los SNI, desde el punto de vista de los *mecanismos administrativos efectivos para el acceso a la justicia*, de cara a proteger, garantizar y promover los derechos territoriales indígenas. Al mismo tiempo complementaremos algunos de los argumentos esbozados en el apartado II de este ensayo. Ello otorgará criterios más sólidos para fortalecer los SNI y habilitar un diálogo más fecundo con los sistemas normativos estatales. Procederemos, en un segundo momento, exponiendo otras experiencias que refuerzan los SNI, pero ya no en el marco de la OEA, sino desde el ámbito jurídico internacional de otros pueblos indígenas.

Cuando se habla de mecanismos administrativos efectivos para el acceso a la justicia ¿a qué estamos aludiendo? ¿Qué tipo de referencias jurídicas interculturales implica estos para los pueblos indígenas y para los Estados? ¿Nos movemos en el ámbito de lo factible? o ¿en el de la ficción jurídica? En este sentido, la Corte Interamericana, en íntima conexión con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha establecido que fijar mecanismos efectivos para cuestiones como la titulación o la demarcación territorial implica atender a las "características particulares" de estos pueblos, lo que exige

39 CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 200.

40 CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008: Serie C No. 185, párr. 27.

41 Cuya conexión con principios y derechos colectivos en la Declaración han quedado ya establecidos en el epígrafe II de este trabajo.

una exploración sobre los fondos normativos de los SNI.⁴² Correspondrá a los Estados fijar estos procedimientos garantizando siempre que los trámites de los mismos sean accesibles y simples. También deben avalar que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.⁴³ Para ello debe evitarse todo tipo de medidas regresivas, como aquellas donde la dimensión procesal y procedural del derecho estatal pueda arruinar y vaciar de contenido los derechos indígenas.

En materia de acceso a la justicia se entiende por derecho a un recurso administrativo, la posibilidad de obtener una solución definitiva, en un plazo razonable y sin demoras injustificadas. Tasar como vulneración de derechos la ineficacia administrativa del Estado, en los supuestos de reclamación territorial, es muy importante puesto que, a pesar de ser expresiones de recortes y límites a la libertad negativa,⁴⁴ su conculcación implica la suspensión, desplazamiento y vaciamiento de contenidos materiales de los SNI en la manera de entender los derechos territoriales. Ello supondría la vulneración de los mecanismos propios de elección y representación de líderes indígenas, de las dinámicas propias en la construcción, reconocimiento y designación de la personalidad jurídica, en cuanto expresión colectiva de representación jurídica de estos pueblos. O en su defecto, conllevaría al desplazamiento de procedimientos *ad hoc* para la titulación, demarcación y restitución de tierras, más allá de los clásicos mecanismos administrativos fijados por el Estado, ofertados como terapia alternativa a los conflictos. Incluso, demoras y retrasos en los procesos de identificación de tierras son trazas claras de la vulneración del goce efectivo de los derechos de territorialidad indígena.⁴⁵ En este sentido, demoras prolongadas como los once años del caso *Yakye Axa*, constituyen, sin duda, una violación de las garantías judiciales.⁴⁶

Como ha dejado claro el Relator Especial para pueblos indígenas,⁴⁷ la estructura institucional de la administración pública es un obstáculo para la implementación de las disposiciones jurídicas que protegen los derechos de los pueblos indígenas; siendo una manifestación clara de ello la "brecha de implementación". Esto es, el desfase programático entre lo escrito y enunciado en cartas de derechos (locales, nacionales o internacionales), y lo que realmente se hace y lleva a cabo por parte de los Estados para la aplicación y reconocimiento real de los derechos. La dimensión administrativa del Estado está mal

42 CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 122 y 123.

43 CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 102.

44 En el sentido de que no se trata de promocionar el Derecho Indígena al propio proceso, si no de reconocer, que la ineficacia estatal en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades en asegurar el acceso a la justicia, vulnera las posibilidades de defensa de los pueblos indígenas, en un primer nivel, y por conexión diferida, los derechos sustantivos a la justicia indígena.

45 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 235, 238, 244; 297 – Recomendación 3.

46 CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 86.

pertrechada para asumir la multiculturalidad y el derecho a la diferencia, junto con las políticas de reconocimiento, la igualdad compleja, expresada en toda ralea de actitudes asimilacionistas ínsitas en la política pública de los Estados. La falta de reconocimiento expreso de derechos indígenas, pese a la existencia de un nivel declarativo de los mismos mediante cartas de derechos ratificadas y asumidas por los Estados; la discriminación como eje de funcionamiento de muchos órganos del Estado; el racismo de Estado tan densamente instalado en la trama interna de su práctica política, y un largo etc., todos éstos, ejemplos del asimilacionismo del Estado.

Con el fin de ajustar el discurso de derechos a los SNI, y más en concreto, al artículo 25 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* sobre “protección judicial”, y al artículo 8 sobre “garantías judiciales”, la Corte Interamericana ha establecido la necesidad de que el Estado tenga siempre en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, el derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres, así como la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Las obligaciones internacionales han apuntillado el compromiso de que los sistemas normativos estatales deben adaptarse y habilitarse para dar cabida a los procesos y procedimientos propios de estos pueblos en la manera de gestionar y tratar con el territorio; incluso corresponde al Estado la habilitación y capacitación necesaria de sus funcionarios para dar respuesta al reto de los SNI.⁴⁸ Se hace necesario que los Estados desarrollen una evaluación completa de la situación de las comunidades que vayan a ser objeto de titulación territorial, así como de las dificultades técnicas, jurídicas y administrativas que hayan podido incidir en tal desposesión.⁴⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que corresponde a los Estados asegurar los fondos y recursos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales y a las del derecho internacional de los derechos humanos, para poder dar respuesta a los contenidos de los derechos territoriales indígenas.⁵⁰

En materia de tutela judicial efectiva la Corte Interamericana ha establecido que la ausencia de recursos judiciales efectivos supone una violación de los artículos 8, 25, 2 y 1.1 de la *Convención Americana*. No basta con que existan tales recursos; estos deben ser

47 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, párr. 87.

48 CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Yaky Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63. CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 82 y 83; CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 104 y 108.

49 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 229, 275, 276 y 297. Así como la Recomendación 9.

50 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 50 – Recomendación 2. Ver también CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 143.

efectivos, siendo el Estado responsable de la debida aplicación del mismo, por parte de las autoridades judiciales, adoptando medidas afirmativas que garanticen que los recursos adoptados y aportados sean eficaces⁵¹. En definitiva, la ausencia de tutela judicial efectiva implica una vulneración del derecho sustantivo a la protección judicial de los pueblos indígenas y esta violación se produce si, en el proceso por implementar dicho derecho, no se tienen en cuenta los SNI. Incluso, la revisión judicial de las decisiones administrativas que modifiquen o extingan títulos jurídicos de propiedad de los pueblos indígenas debe estar basada en una evaluación judicial que evidencie la pertinencia de dicha modificación. Esto se trata en última instancia de una aplicación del principio *pro homine*: proceder de tal manera y en todo momento, que las medidas que se adopten beneficien siempre a la parte más frágil, para cuya protección se institucionalizan los derechos humanos.

De manera sintética podríamos decir que las decisiones judiciales del Estado que deberán quedar sujetas a revisión judicial serían: i) las decisiones relativas a la aprobación del plan o proyecto con incidencia en territorio indígena, en todas las cuestiones relativas a la consulta, el resultado de la misma, así como el deber estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, como se desprende del tenor de la Declaración y del Convenio 169 de la OIT; ii) las decisiones relativas a la aprobación de estudios de impacto social y ambiental, o la falta de realización de los mismos, detallando la certificación y aval sobre la calidad, objetividad e independencia de dichos estudios; iii) las decisiones relativas al establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios u otras formas de compensación, o la ausencia de los mismos. Todas estas garantías judiciales sumadas a una posible extralimitación del Estado en su manera de entender y aplicar su manera de comprender el PJ, se levantan desde una comprensión fuerte de los SNI, presentes en operadores jurídicos como los de la OEA.

Existen, además, otros prismas del acceso a la justicia que tienen que ver más con la dimensión *colectiva* de los derechos de los pueblos indígenas, que con la dimensión individual de los mismos. Este es el caso de la exposición que hemos venido realizando. Una de estas dimensiones sería el reconocimiento de la capacidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas, en cuanto titulares del derecho de propiedad comunal, lo que implica el acceso a la justicia como sujeto colectivo –comunidad– y de conformidad con sus SNI. El derecho de los pueblos indígenas al acceso a la justicia, en un sentido lato, implica que estos puedan participar como partes –como sujetos colectivos– en los procesos ante los órganos judiciales.⁵² Por tanto, la capacidad de obrar colectivamente de estos pueblos forma parte

51 CIDH, Alegatos ante la CORTE Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Referidos en: CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 74(b); CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 135; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 184. CIDH, Informe 11/98, Caso 10.606, Samuel de la Cruz Gómez (Guatemala), párr. 52 y 126.

52 CORTE IDH. Caso *del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(b); CIDH, *Acceso a la Justicia*

de este derecho, que se deriva y fundamenta en el carácter colectivo del título de propiedad indígena. En el caso *Saramaka vs. Surinam* establece la Corte que la limitación de la personalidad jurídica colectiva atenta contra la naturaleza colectiva del derecho a usar y gozar la propiedad de acuerdo a sus tradiciones ancestrales.⁵³ De nuevo se vuelve a establecer un criterio intercultural, desde la perspectiva de los SNI, en la sensible y delicada dialéctica de confrontación entre derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Son muy claras las palabras de la Corte al establecer que la falta de reconocimiento de la dimensión colectiva de la subjetividad jurídica sitúa a los pueblos afectados en una situación de extrema vulnerabilidad, al producirse una posible primacía e imposición de los derechos individuales sobre los derechos de propiedad comunal; lejos del equilibrio dialéctico que este maridaje exige. Ello imposibilita fundamentar la necesidad de protección judicial de estos pueblos como consecuencia de la violación de sus derechos colectivos, tal y como quedan recogidos en el artículo 21 de la Convención Americana.⁵⁴ Como ya ha quedado evidenciado, la personalidad jurídica colectiva implica necesariamente el reconocimiento paralelo de las formas de organización política y social propia de estos pueblos.

Como se aventuró al inicio de este epígrafe, ofreceremos algunos ejemplos de intentos por articular los SNI, anclados en este esquema reductivo de entender el todo por la parte para fracturar el sentido de lo colectivo que habita en su interior. Así por ejemplo, en Bangladesh se ha procedido al reconocimiento del derecho consuetudinario familiar. Sin embargo, es un ejemplo claro de que el reconocimiento de los sistemas legales indígenas por el Estado depende de la naturaleza de los casos que se presenten. Se manejan, por tanto, criterios selectivos. Las leyes personales de los pueblos indígenas de Chittagong Hill Tracts en Bangladesh, que afectan a diferentes cuestiones de orden comunitario-familiar, como puede ser la herencia o el matrimonio, sólo son aceptadas por el Estado en la medida que dicha legislación indígena doméstica no entre en conflicto con el sistema normativo estatal.⁵⁵ Claro ejemplo de tratamiento de los SNI en clave de política pública, no de derechos, estableciendo el sistema estatal como condición de posibilidad de toda expresión de pluralismo.

En Kenia se ha producido, en consonancia con lo que venimos argumentando, un reconocimiento limitado del derecho consuetudinario en el supuesto de los Maasai. Hay muchos elementos que quedan recogidos bajo esta titulación consuetudinaria: matrimonios, adopciones, entierros, regímenes de transmisión de propiedad, e incluso el reconocimiento de autoridades y jefes. Ocurre, sin embargo, que las condiciones de validez del “derecho consuetudinario” de los Maasai queda condicionada y rebajada por lo que

e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 280.

53 CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 168.

54 CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 173.

55 ILO, *Indigenous and Tribal Peoples' Right in Practice. A Guide to ILO Convention No. 169*, 2009, p. 87.

se ha venido llamando la “cláusula de contrariedad”. Esta establece que el derecho consuetudinario es válido en la medida que está en consonancia y, por tanto, que no contradiga las leyes escritas. Cláusula muy similar al tratamiento del Derecho Indígena en muchas constituciones latinoamericanas. La cláusula es utilizada con sistematicidad para recortar los derechos sobre la tierra y los recursos de los Maasai,⁵⁶ en una interpretación espuria que quiebra las disposiciones de los derechos indígenas contenidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En Finlandia, Noruega y Suecia, en relación al reconocimiento de las costumbres y el derecho consuetudinario Sámi, pese a que las costumbres y prácticas tradicionales sámis son fuente de aplicación del Derecho en los respectivos sistemas jurídicos nacionales, las limitaciones también funcionan incluso en este complejo marco normativo. Sería importante, para la implementación de un PJ, respetuoso con el contenido de todo lo que hemos venido exponiendo, que las tradiciones jurídicas sámi deban ser no sólo consideradas en la aplicación de la ley estatal, sino que, al ser una fuente de Derecho más, informen al sistema normativo estatal, lo complementen y lo maticen, en aquellos aspectos que pueda darse un conflicto jurídico de intereses entre ambos sistemas normativos.⁵⁷

En Namibia, respecto al reconocimiento de autoridades tradicionales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD por sus siglas en inglés) ha cuestionado la falta de criterios específicos y sustantivos, así como la ausencia de instituciones que puedan sustanciar, o evaluar, un procedimiento, como el del reconocimiento de dirigentes tradicionales. La Ley de Autoridades Tradicionales del año 2000 preveía el reconocimiento de las mismas, por parte del Estado, siempre que se elevara una solicitud *ad hoc* al respecto; con lo que la capacidad final para el reconocimiento de autoridades tradicionales reposaba exclusivamente en manos del gobierno. Ni siquiera podemos hablar de una tentativa de pluralismo en este supuesto, sino, más bien, de mera asimilación jurídica de los SNI, a modo de política pública, en el marco del Estado.⁵⁸

En el supuesto de Groenlandia, su Código Penal se basa, en parte, en el Derecho Consuetudinario de los *Inuit*, al que se recurre para la sanción de delitos penales, mientras que la determinación de culpabilidad, así como su imputabilidad, viene determinada por el Derecho Penal danés. Este paisaje normativo, con este reparto material de competencias normativas entre diferentes sistemas, se atiene más a lo que venimos reclamando como verdadero PJ.⁵⁹

Finalmente, en Filipinas, la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho, de estos pueblos, a emplear sistemas jurídicos con instituciones de resolución

56 ILO, Op. Cit., p. 88.

57 Ibid.

58 Observaciones finales del CERD: CERD/C/Nam/CO/12 (Namibia, Agosto de 2008).

59 ILO, *Indigenous and Tribal Peoples' Right in Practice. A Guide to ILO Convention No. 169*, 2009, p. 89.

de conflictos, procesos y mecanismos para la consolidación de otras leyes y prácticas consuetudinarias; en la medida que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos. Se trata de una expresión muy adelgazada de PJ, a partir de esa exigencia de compatibilidad con el sistema jurídico nacional que determina criterios de validez y legitimidad últimos⁶⁰.

4. Conclusiones

Sally Engle Merry sistematizaba las grandes aportaciones del PJ en torno a tres ejes: i) el de la interacción entre órdenes normativos, que son fundamentalmente diferentes en sus principios conceptuales y fundamentos de sentido; ii) el de la elaboración del derecho consuetudinario como producto histórico; iii) el de la dialéctica entre órdenes o sistemas normativos diferentes⁶¹. Si hemos venido defendiendo que los SNI constituyen una pluralidad y complicación del añejo sentido de PJ, es porque éstos unifican e integran de manera interdependiente y solapada estos tres ejes, otorgando una imagen inconsútil y unificada. No es posible discernir en los SNI, de manera autónoma y aislada cualquiera de estos ejes, sin descomponer el complejo y articulado sentido que los SNI guardan como totalidad.

Una de las tentaciones o perversiones de un supuesto PJ estatalizado es reducir, por vía simplificativa y excluyente, los SNI a uno sólo de estos ejes, como se ha venido mostrando a lo largo del trabajo. Este ejercicio de exclusión, que hemos intentado explicar, debe ser expurgado para poder articular un verdadero PJ. El nuevo constitucionalismo latinoamericano, las reformas constitucionales que se han venido propiciando, así como los nuevos intentos normativos por auparse al tren de la historia del PJ, han acabado tratando a los SNI de manera asimilativa; según los usos y costumbres de la vieja política pública. El intento de este ensayo, a partir de las excusas y provocaciones que otorgan los SNI, ha sido el de ubicar el carácter novedosamente cualitativo que este –y en su conjunto, todos y cada uno de los SNI– tienen y tendrán para renovar el diálogo y los procesos de profundización en el PJ.

En este sentido, ha sido enormemente importante establecer la conexión que los SNI mantienen, en una suerte de interdependencia, con otros derechos colectivos indígenas: la territorialidad, la autonomía, la cultura, la jurisdicción indígena, etc. Con ello, se quería expresar que los SNI constituyen un nudo cosmovisional de derechos, de tal manera que la formulación de los SNI, como derecho propio de estos pueblos, es condición de posibilidad para la producción, reproducción y desarrollo de otros derechos indígenas, individuales y colectivos. Así como su no consideración, implica la vulneración de otros derechos estructuralmente vinculados a los SNI, entre ellos, el derecho al debido proceso.

60 <http://www.ncip.gov.ph/mandatedetail.php?mod=ipra>

61 Merry, S.E., “Pluralismo Jurídico”, en Merry, S.E., Griffith, J., Tamanaha, B. Z., *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, p. 97.

5. Bibliografía

- Bernaondo, M. (ed.), *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Punto y seguido*, Alternativa, Barcelona, 2008.
- Castro, M., *Los desafíos de la interculturalidad*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- Chartes, C. y Stavenhagen, R. (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Iwgia, Copenhague, 2010.
- CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 50, Recomendación 1.
- CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, pár. 241.
- CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 235, 238, 244; 297 – Recomendación 3.
- CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 50 – Recomendación 2. Ver también CORTE IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 143.
- CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997).
- CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- _____. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.
- _____. Caso Comunidad Indígena Yaky Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- _____. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Ehrlich, E. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Estévez Araujo, *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidades Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- Griffiths, J., “What is Legal Pluralism”, en *Journal of Legal Pluralism*, 1, 1986.
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, párr. 87.

ILO, *Indigenous and Tribal Peoples Right in Practice. A Guido to ILO Convention N°. 169*, 2009, p.

87.

Irigoyen, R., "Pluralismo jurídico, Derecho Indígena y jurisdicción especial en los países andinos" en *El Otro Derecho*, nº 30, junio 2004, IISA, Bogotá

Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1979.

Martín Puig, S (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina*, MARTÍ S., (ed.), Barcelona, CIDOB, 2007.

Merry, S., Griffiths, J., Tamanaha, B.Z., *Pluralismo Jurídico*, Siglo de Hombre Editores, Colombia, 2007.

Moore, S. F., *Law as a Process*, Routledge, Boston, 1978.

Rodríguez Garavito, C., *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Argentina, 2011.

Sánchez Jaramillo, E., *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para minorías Étnicas, Bogotá, 2001.

Tamanaha, B. Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, 2000.

Teubner, G., "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", en *Cardozo Law Review*, nº 13, (1992), pp. 1143-1462.

_____. "The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy", *Law & Society Review*, nº 31 (4), (1997), pp. 763-787.

UNDP [PNUD], *Programming for Justice – Access for all. A practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, 2005.



El desafío de los sistemas legales indígenas: ¿Más allá de los paradigmas de reconocimiento?

Rachel Sieder¹

Sumario

1. Reconocimiento multicultural del pluralismo legal- 2. La revitalización del Derecho Indígena – 3. Coordinación interlegal en Latinoamérica – 4. El debido proceso y las garantías de los derechos humanos – 5. Discriminación y violencia de género – 6. Justicia indígena y cosmovisiones – 7. Estados plurinacionales: ¿Más allá de los paradigmas de reconocimiento? – 8. Conclusiones – 9. Bibliografía

Resumen

A lo largo de toda Latinoamérica se han generalizado las demandas de los pueblos indígenas para que los estados nacionales respeten sus formas culturalmente específicas de gobierno y administración de justicia. Estas demandas componen una parte esencial de sus exigencias de autonomía y respeto a sus derechos colectivos. Además de que constituyen una pieza

¹ Profesora-investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en la Ciudad de México desde 2007 e investigadora asociada del Chr. Michelsen Institute de Bergen, Noruega y del Instituto de Estudios de las Américas de la Universidad de Londres. Tiene una maestría en Estudios Latinoamericanos y un doctorado en Ciencias Políticas por la Universidad de Londres. Sus áreas de investigación incluyen derechos humanos, derechos indígenas, movimientos sociales, Derecho Indígena, antropología jurídica, Estado y violencia.

Entre sus últimos libros se encuentra: ed. con John-Andrew McNeish, *Gender Justice and Legal Pluralities: Latin American and African Perspectives*, Routledge-Cavendish: Nueva York (2012); ed. con Line Schjolden y Alan Angell, *La Judicialización de la Política en América Latina*, CIESAS, México/ Editorial Universidad Externado de Colombia (2011); con Carlos Y. Flores, *Autoridad, autonomía y Derecho Indígena en la Guatemala de posguerra*. Guatemala: F&G Editores-Casa Comal-UAEM (2011); ed. con Javier Couso y Alex Huneeus, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press (2010); ed. con Line Schjolden y Alan Angell, *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, Nueva York (2005).

Actualmente coordina desde CIESAS un proyecto de investigación colectiva “Mujeres indígenas y acceso a la seguridad y justicia en América Latina” (en convenio con el Chr. Michelsen Institute, Bergen). Es miembro del consejo editorial internacional del *Journal of Latin American Studies* (JLAS) y *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* (LACES).

clave de la identidad de los pueblos indígenas, la existencia de sistemas legales de base comunitaria, refleja igualmente su falta de acceso a los sistemas oficiales de justicia que, de forma sistemática, los discriminan sin garantizar sus derechos fundamentales.

En este breve artículo me referiré a ciertos procesos recientes de “reconocimiento” legal de los sistemas de justicia indígena, señalando las principales áreas de disputa, los avances y los desafíos. A partir de ejemplos tomados de Guatemala, México, Ecuador y Bolivia, señalaré algunas de las innovadoras formas a través de las cuales los pueblos indígenas están fortaleciendo y revitalizando sus prácticas judiciales, antes de abordar las implicaciones más generales de estos desarrollos recientes para la política y el Derecho en la región.

1. Reconocimiento multicultural del pluralismo legal²

Desde principios de los años noventa, las reformas “multi” o “pluriculturales” de las constituciones latinoamericanas han favorecido el reconocimiento del pluralismo jurídico (la existencia de más de un orden legal en un mismo espacio) y de las jurisdicciones especiales para el Derecho Indígena.³ El reconocimiento legal de la justicia indígena ha sido uno de los rasgos destacados de las reformas constitucionales en la región andina.⁴ Colombia fue el primer país en aprobar una nueva constitución en la que se reconocía el pluralismo jurídico en 1991, le seguirían Perú (1993), Bolivia (1994, 2003 y 2009), Ecuador (1998 y 2008) y Venezuela (1999). Las nuevas constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) van más allá de las anteriores formulaciones de la multiculturalidad, al establecer nuevos tipos de Estado basados en los principios de pluralismo étnico y “plurinacionalidad”.

En todas las reformas constitucionales andinas se reconocen los sistemas de justicia indígena y la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas, es decir, su derecho a administrar justicia en sus propios territorios. Con todo, incluso en aquellos países en los que las formulaciones constitucionales de reconocimiento del pluralismo jurídico son relativamente débiles (como en México o Guatemala) hemos asistido, en los últimos años,

2 Para un repaso de los debates sobre pluralismo legal, véase Griffiths, J., “What is Legal Pluralism?” *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 24: 1-50, 1986; Griffiths, Anne. “Legal Pluralism” en R. Banakary M. Travers (eds). *An Introduction to Law and Social Theory*, OR: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, pp.289-310.; Merry, Sally Engle. “Legal Pluralism”. *Law and SocietyReview*, Vol.22, 1998, pp. 869-96; Tamanaha, Brian, “Understanding legal pluralism: past to present, local to global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, 2008, pp. 375-411; Twining, William, *Globalization and Legal Theory*, Northwest University Press, Evanston IL, 2000.

3 Estas críticas se han centrado principalmente en las políticas multiculturales frente a los pueblos indígenas en los Estados Unidos, Canadá y Australia.

4 Condor Chuquiruna, Eddie (coord.), *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009; Condor Chuquiruna, Eddie (coord.), *Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2010; Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización” en César Rodríguez Garavito (coord.) *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp.139-159.

a una creciente aceptación de los derechos de los pueblos indígenas a ejercer sus propias formas de resolución de controversias dentro de las comunidades. Estos cambios son reflejo, además, de ciertas tendencias del entendimiento internacional del desarrollo que considera a los sistemas de justicia no estatales como un importante factor para mejorar el acceso a la justicia de las poblaciones marginalizadas.⁵

Con anterioridad a la década de los noventa, la tradición del racismo y del colonialismo supuso la marginalización o incluso la criminalización del Derecho Indígena por parte de los Estados. Los cambios actuales son el fruto de años de activismo, por parte de las organizaciones de los pueblos indígenas, en la defensa y fortalecimiento de sus propias formas de Derecho (*derecho propio*) como elementos esenciales de sus identidades colectivas como pueblo. Las políticas estatales de reconocimiento en América Latina se han visto profundamente influidas por los nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos. En particular, por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007). Durante los últimos veinte años se ha venido forjando una jurisprudencia, en ciertos estados latinoamericanos –y, cada vez más, dentro del sistema interamericano de derechos humanos– que acoge el derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus propias formas de gobierno y de Derecho; en lo que han venido a concebirse como esferas semiautónomas dentro de los estados nación.⁶ Ahora bien, aunque el Derecho internacional haya convertido a los “pueblos indígenas” en una categoría que trasciende las fronteras nacionales⁷, los diferentes modos en los que los pueblos indígenas entienden sus propias formas de derecho y de gobierno, y la naturaleza de sus exigencias de autonomía, dependen de sus contextos e historias específicas.

2. La revitalización del Derecho Indígena

La concepción dominante de los sistemas de justicia indígena tiende a asumir la existencia de una correspondencia entre etnidad y Derecho. De algún modo, ello no hace sino reflejar anteriores perspectivas de la Antropología Jurídica en virtud de las cuales se entendía el pluralismo jurídico como una multiplicidad de diferentes órdenes legales; cada uno de ellos perteneciente a una “tribu” o a un grupo étnico distinto. Sin embargo, la investigación antropológica actual ha puesto de relieve, reiteradamente, los diferentes

5 Faundez, Julio, “Should Justice Reform Projects Take Non-State Justice Systems Seriously? Perspectives from Latin America” *The World Bank Legal Review*, Vol.1, 2006, pp.113-139.

6 Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. 3.ª, UNIJUS, Edición. Bogotá, Colombia, 2010; Anaya, S. James, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Aspen Publishers, New York, 2009; Rodríguez-Piñero, Luis, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2006.

7 Neizen, Ronald, *PublicJustice and the Anthropology of Law*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 2010, p.106.

modos en los que las identidades étnicas, las concepciones indígenas de la justicia y las fronteras entre las formas subalternas y dominantes del Derecho, son creadas y negociadas a través de múltiples encuentros e interacciones entre individuos, grupos, instituciones y órdenes legales nacionales y trasnacionales.⁸ El Derecho internacional contemporáneo invoca las nociones de autenticidad y continuidad pre-colonial para justificar los derechos colectivos indígenas. Ahora bien, cuando el Derecho reconoce ciertas identidades, re establece efectivamente algunas fronteras, fortaleciendo específicas construcciones de lo “tradicional” y de lo “indígena”. En otras palabras, es el propio Derecho el que contribuye a definir lo “auténticamente indígena”.⁹

Algunos autores han señalado que los esquemas normativos asociados a los paradigmas del multiculturalismo liberal imponen a los pueblos indígenas una demostración y ejercicio permanente de su “autenticidad”.¹⁰ De acuerdo con estas críticas, las identidades y formas legales indígenas terminarían respondiendo a las expectativas y definiciones dominantes. Sin embargo, investigaciones recientes en Latinoamérica han puesto de manifiesto la complejidad con la que se produce la renegociación de las normas y prácticas indígenas a través de diálogos intra e interculturales, y han explorado el impacto de estos procesos de diálogo en las identidades individuales y colectivas.¹¹ El giro hacia las políticas oficiales de reconocimiento ha provocado una revitalización de los sistemas de justicia indígenas en muchas regiones y comunidades, que han seguido incorporando toda una serie de elementos entre los que se encuentran, últimamente, los discursos internacionales sobre derechos humanos. Entre las poblaciones indígenas más aisladas de las tierras bajas, especialmente en la cuenca amazónica, los sistemas de justicia se vieron históricamente menos afectados por el Derecho oficial, como consecuencia de la exigua presencia de

8 Moore, Sally Falk, *Social Facts and Fabrications: "Customary" Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 1996; Merry, Sally Engle. “Legal Pluralism”. *Law and Society Review*, 1988, Vol.22: 869-96; Merry, Sally Engle, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2006.; Sierra, María Teresa (ed.) *Haciendo justicia: interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS, México, 2004; Sieder, Rachel, “Building Mayan Authority and Autonomy: The ‘Recovery’ of Indigenous Law in Post-peace Guatemala” *Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 55, 2011a, pp. 25-57; García Serrano, Fernando, “Estado de relacionamiento en Ecuador” en Eddie Condor Chuquiruna (coord.), *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009, pp. 105-169.

9 Buchanan, Nicholas y Eve Darian-Smith, “Introduction: Law and the Problematics of Indigenous Authenticities”. *Law and Social Inquiry*, Vol. 36 (1), 2011, pp.115-124, p. 119.

10 Las investigaciones de Brunnegger en Colombia han demostrado cómo estas negociaciones aparecen con frecuencia asociadas a los intentos de los líderes indígenas. Ver: Engle, Karen, *The Elusive Promise of Indigenous Development. Rights, Culture, Strategy*, Duke University Press, Durham NC, 2010; Povinelli, Elizabeth, *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*, Duke University Press, Durham NC, 2002; Neizen, Op. Cit.

11 Anaya ha sostenido que deben respetarse los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, pero que los límites personales y materiales de la jurisdicción dependerán de la comunidad indígena de que se trate y de sus procesos de toma de decisiones. Ver: Brunnegger, Sandra, “Legal Imaginaries: Recognizing Indigenous Law in Colombia”, en Austin Sarat (ed.), *Studies in Law, Politics and Society*, Vol.55, 2011, pp.77-100; Sieder, “Building Mayan Authority... Op. Cit; Sierra, Op. Cit.

autoridades judiciales estatales. Pese a todo ello, en los últimos años, la autonomía indígena de estas regiones se ha visto seriamente amenazada por actores externos, como los asentamientos de migrantes o las compañías nacionales e internacionales que buscan explotar sus recursos naturales. Los sistemas de justicia indígena han tenido que adaptarse a estas amenazas a su supervivencia grupal y, con frecuencia, lo han hecho enarbolando el discurso de los derechos como parte de sus estrategias de defensa.

Aunque los discursos estratégicos e identitarios de los movimientos indígenas puedan caracterizar a los sistemas de justicia indígena como milenarios y estáticos, de específicas visiones culturales del mundo, separados por completo de las formas dominantes de Derecho, en realidad se trata de sistemas enormemente dinámicos e invariablemente marcadas por diferencias internas. Las normas, autoridades y prácticas de los sistemas de justicia indígena ciertamente reflejan las cambiantes relaciones de los pueblos indígenas con la sociedad dominante, pero igualmente reflejan los cambios y tensiones dentro de los propios movimientos y comunidades indígenas; como, por ejemplo, los asociados a los debates sobre los roles de género. Por toda la región existen organizaciones populares que tratan de fortalecer y “redescubrir” o “recuperar” formas autóctonas de Derecho. Así, desde el final del conflicto armado de los noventa, en ciertas áreas de las tierras altas guatemaltecas se han restablecido las entidades supracomunales indígenas (*alcaldías indígenas*). Estas autoridades, no gubernamentales, median en la actualidad en todo tipo de conflictos dentro de las comunidades indígenas y han actuado, como un elemento importante, en la reducción del linchamiento de sospechosos de cometer delitos.¹² Aunque anteriormente la totalidad de los *alcaldes* eran hombres, hoy en día participa un reducido número de mujeres, produciéndose una lenta incorporación de la consideración de las cuestiones de discriminación de género en el proceso de toma de decisiones en la comunidad. En Chiapas, México, los municipios autónomos han creado consejos locales (*consejos de honor*) que aplican “justicia zapatista”, desafiando el monopolio del Estado mexicano sobre el Estado de Derecho, al ofrecer formas accesibles de resolución de conflictos tanto a las comunidades zapatistas como a las que no lo son.¹³ Si bien el reconocimiento constitucional e internacional ha estimulado, con certeza, un renacimiento de las formas comunitarias de Derecho en algunos contextos, en otros casos factores tales como las migraciones, las conversiones religiosas o la influencia de los partidos políticos han supuesto, prácticamente, la desaparición de las autoridades comunales indígenas y las formas no estatales de Derecho. Sea como fuere, el resurgimiento del Derecho Indígena y su defensa por parte de los activistas de los derechos indígenas están poniendo en cuestión los paradigmas de legalidad existentes en la región.

12 Sieder, Rachel, *Contested Sovereignties: Indigenous Law, Violence and State Effects in Postwar Guatemala*.” *Critique of Anthropology*, Vol.31 (3), 2011b, pp.1-24.

13 Mora, Mariana, “La politización de la justicia zapatista frente a la guerra de baja intensidad en Chiapas” en María Teresa Sierra, Rosalva Aída Hernández y Rachel Sieder (coords.), *Justicias Indígenas y Estado: Violencias Contemporáneas*, LACSO y CIESAS, México, 2013, pp. 195-227.

3. Coordinación interlegal en Latinoamérica

Una de las mayores preocupaciones en los últimos años en Latinoamérica ha sido cómo lograr “coordinar” los sistemas oficiales e indígenas de justicia para garantizar los derechos humanos, al tiempo que se asegura el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su autonomía jurisdiccional.¹⁴ A raíz de la adopción de las nuevas constituciones, se han visto numerosas iniciativas y proyectos promovidos por ONGs, agencias de donantes y actores de la sociedad civil que han pretendido conseguir una coordinación efectiva entre el Derecho estatal y el Derecho Indígena. A tal fin, se han presentado diferentes proyectos de ley para reglamentar la coordinación entre jurisdicciones, si bien sólo una minoría ha llegado a aprobarse. Las discrepancias se han centrado en determinar cuáles deben ser los límites personales, materiales y territoriales de la jurisdicción indígena; es decir, a quiénes debe aplicarse, dónde y en qué tipo de disputas.¹⁵ Igualmente, se ha debatido acerca de los tipos de procedimientos de resolución de conflictos empleados por las comunidades indígenas. Los responsables de las políticas públicas y los representantes indígenas han reflexionado en torno a qué tipos de mecanismos secundarios o de apelación deberían existir para resolver los conflictos entre las diferentes jurisdicciones indígenas o entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal. Ahora bien, las élites nacionales, en lugar de abrir un debate sobre la naturaleza de los sistemas legales nacionales *en su conjunto*, han tendido a un enfoque restrictivo sobre la aceptabilidad de las prácticas de justicia indígena y sobre su compatibilidad con las normas constitucionales y de derechos humanos. Ello ha conducido a los críticos de las reformas multiculturales a preguntarse si la “coordinación” no es poco menos que la subordinación de las formas de justicia indígena al paradigma hegemonicó de la legalidad liberal.

4. El debido proceso y las garantías de los derechos humanos

El debate en torno a las definiciones interculturales de qué debe entenderse por “debido proceso” ha resultado particularmente álgido, por ejemplo, a la hora de determinar si el Derecho Indígena ofrece o no mecanismos de defensa de los presuntos infractores.¹⁶ Otro

14 Yrigoyen Fajardo, Op. Cit.

15 Aunque la controversia en torno a las garantías del debido proceso se han centrado en el Derecho Indígena, los sistemas de justicia ordinaria han violado reiteradamente estas garantías en toda la región. Ver: Assies, Willem, “Indigenous Justice in the Andes: Re-rooting or Re-routing? en Ton Salman y Annilese Zoomers (eds.), *Imagining the Andes: Shifting Margins of a Marginal World*, Askant, Amsterdam, 2003; Anaya, S. James, Videoconferencia a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 16 de junio de 2011.

16 Durante los años noventa, la Corte Constitucional colombiana favoreció la autonomía de los sistema de justicia indígena pero estableció una serie de “estándares legales mínimos” (*mínimos jurídicos*) que toda forma de derecho, incluyendo los sistemas de justicia indígena, deben respetar. Entre ellos se cuentan el derecho a la vida y la prohibición de toda forma de tortura o esclavitud. La Corte ha insistido igualmente sobre la necesidad de que los sistemas estatales y no estatales ofrezcan garantías al debido proceso, pero

tema particularmente polémico es el de la naturaleza, severidad e interpretación de las sanciones impuestas por el sistema de justicia indígena. Habitualmente, estas van desde la sanción pecuniaria a los castigos físicos, tales como el azote ritual, el trabajo comunitario, breves períodos de detención o incluso la expulsión de los afectados y sus familias de su comunidad de residencia. Quienes se oponen al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sostienen que el otorgamiento de autonomía a la justicia de base comunitaria conduce a la legalización de la “tortura” y de otras prácticas constitutivas de violación a los derechos humanos.¹⁷

Estas críticas tienden a considerar que el Derecho Indígena es de alguna forma algo fijo o inmutable, aunque resulta evidente que el propio acto de reconocimiento por parte del Estado y de los instrumentos internacionales de derechos está modificando profundamente la naturaleza de los sistemas de justicia indígenas. Así, el trabajo de García Serrano, en Ecuador, muestra que algunas comunidades han adoptado medidas para limitar la severidad de los castigos físicos a los infractores.¹⁸ Si bien, al mismo tiempo, existen datos acerca de otras comunidades que indican que se ha producido un endurecimiento de las sanciones en respuesta a las percepciones de creciente inseguridad, incluyendo la tendencia a hacer uso de formas más severas de castigo corporal contra los supuestos delincuentes.¹⁹ Además, como consecuencia de la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia para garantizar la tutela judicial y la seguridad para la mayoría de la población y, particularmente, de los más desfavorecidos, se han producido actos violentos y arbitrarios, tales como linchamientos, en respuesta a la percepción de un aumento en la criminalidad en la región.²⁰ Estas modalidades colectivas de la violencia justiciera no constituyen “Derecho Indígena”, como ciertos detractores racistas pretenden afirmar. Muy al contrario, la evidencia demuestra que allí donde los sistemas de justicia indígenas son vigorosos, el recurso a la violencia es excepcional. Con todo, el Derecho Indígena podría estar reflejando igualmente las tendencias dominantes de “dureza contra el crimen”, en la medida en que los diferentes gobiernos de la región defienden políticas de “mano dura” o incluso de “super mano dura”, cada vez más restrictivas de los derechos humanos.

privilegiando diálogos y mecanismos interculturales para interpretar las supuestas violaciones a los derechos humanos dentro de los sistemas de justicia indígenas (Assies, Op. Cit; Sánchez Botero, Op. Cit).

17 Los medios nacionales, en su cobertura del caso, criticaron la autonomía indígena como contraria a los derechos de las mujeres. Esta actitud no da cuenta de las complejas cuestiones políticas que contribuyeron a la polémica. Véase “Mujeres indígenas cuestionan la justicia de su comunidad, Noticias Caracol, 2 de octubre de 2011. <http://www.noticiascaracol.com/informativos/septimodia/video-242284-mujeres-indigenas-cuestionan-la-justicia-de-su-comunidad>, consultado el 6 de febrero de 2012.

18 García Serrano, Fernando, “Estado de relacionamiento en Ecuador” en Eddie Condor Chuquiruna (coord.). Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009, p. 146.

19 Ibid; Ortiz, Gonzalo, “Harsh Indigenous Justice Sparks Debate”, *IPS News*, 2010.
20 Goldstein, Daniel M., *The Spectacular City. Violence and Performance in Urban Bolivia*, Duke University Press, Durham and London, 2004; Godoy, Angelina Snodgrass, “When ‘justice’ is criminal: Lynchings in contemporary Latin America”. *Theory and Society* 33 (6), 2004, pp. 621-651; Godoy, Angelina Snodgrass, *Popular Injustice: Violence, Community, and Law in Latin America*, Stanford University Press Stanford CA, 2006.

5. Discriminación y violencia de género

Igualmente, se ha puesto de manifiesto la preocupación de que la concesión de autonomía al Derecho Indígena podría reforzar las desigualdades de género y las formas patriarcales de dominación dentro de las comunidades indígenas. En general, las organizaciones de mujeres indígenas en Latinoamérica han rechazado esta contraposición de derechos colectivos y derechos de las mujeres, y han luchado por garantizar la protección de sus derechos como mujeres, al tiempo que defienden las pretensiones de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos de ejercer su propia jurisdicción. Así, una eficaz campaña de las mujeres del altiplano en Ecuador logró asegurar la inclusión de dos importantes artículos en la Constitución de 2008: el artículo 57 que garantiza los derechos de los pueblos indígenas a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. El artículo 171, por su parte, establece que “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”.

Si bien es indudable que las mujeres siguen padeciendo discriminación tanto en los sistemas legales oficiales como en los indígenas, recientes investigaciones señalan que aquéllas están desempeñando un importante papel en la transformación de los sistemas de justicia de base comunitaria. Las organizaciones de mujeres indígenas trabajan para incrementar su participación en los procesos de decisión comunitarios y para garantizar su acceso a formas efectivas de defensa y reparación dentro de las formas de justicia de base comunitaria.²¹ La influencia de las ONGs y de los movimientos sociales indígenas ha conducido a la introducción de nuevas prácticas en algunas comunidades para tratar de hacer frente a la violencia intrafamiliar, a las disputas domésticas o a los embarazos no deseados.²² Estas innovaciones han atravesado fronteras: la declaración de las mujeres zapatistas sirvió señaladamente de inspiración a mujeres indígenas de todo el continente, al colocar a la autonomía de las mujeres en la toma de decisiones respecto a sus propias vidas y la de sus familias como un aspecto clave de la autonomía indígena.²³ En los Andes y en Guatemala, algunas comunidades han aprobado “reglamentos comunitarios” que

21 Sieder, Rachel and María Teresa Sierra, *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*, Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway, 2010; Franco Valdivia, Rocío y María Alejandra González Luna, *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 2009; Lang, Miriam y Anna Kucia, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, UNIFEM, Quito, Región Andina, 2009; Barrera, Anna, “Promoting Change in Legally Plural Settings: Domestic Violence and Indigenous Women’s Quest for Justice in the Andes”. *Tesis de doctorado en ciencias políticas*, Universidad de Hamburgo, 2014.

22 García Serrano, Op. Cit; Sieder y Sierra Op. Cit; Lang y Kucia, Op. Cit; Barrera, Op. Cit.

23 Hernández, Aida, “National Law and Indigenous Customary Law: The Struggle for Justice of the Indigenous Women from Chiapas” en Maxine Molyneux y Shahra Razavi (eds.) *Gender, Justice Development and Rights*, Oxford University Press, Oxford and New York 2002, pp. 384-412.

establecen principios generales de resolución de conflictos que incorporan la necesidad de equilibrar los derechos y obligaciones de hombres y mujeres y de garantizar el respeto mutuo.²⁴ El resultado a largo plazo de estos intentos de hacer frente a las desigualdades de género es aún incierto. Sin embargo, sirven para demostrar que los sistemas legales indígenas son dinámicos y sometidos a constante evolución, y que resulta perfectamente posible combinar el respeto a la autonomía jurídica de los pueblos indígenas con garantías de los derechos humanos.

6. Justicia indígena y cosmovisiones

La coordinación de los sistemas de justicia indígena y del Derecho estatal involucra adicionalmente cuestiones más complejas relativas a los sistemas de creencias indígenas o cosmovisiones. Las concepciones acerca de la causalidad y acerca de las medidas adecuadas para hacer frente a diferentes fenómenos, varían enormemente dependiendo del contexto cultural. Entre los pueblos indígenas, las infracciones pueden ser interpretadas como resultado de la enfermedad, o los padecimientos como efectos la brujería; todo lo cual, exige actuaciones que pueden estar muy alejadas de las prescritas en los sistemas de justicia ordinaria. Un conflicto dentro del pueblo *Nasa* en el departamento de Cauca, Colombia, puso de manifiesto algunas de las dificultades: las autoridades indígenas masculinas aplicaron los rituales de purificación tradicional a un violador, al considerar que sus acciones eran resultado de la enfermedad. En cambio, numerosas mujeres de la comunidad consideraban que dicho tratamiento era demasiado benévolos, y reclamaron que fuera entregado a la justicia ordinaria para su castigo.²⁵ Si bien este caso pone de manifiesto diferencias de interpretación intracomunales, también sirve para señalar algunos de los desafíos más generales inherentes al reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas. Como indica García Serrano:

*La relación entre [sistemas de justicia de los pueblos indígenas] y fuerzas sobrenaturales, supersticiones y creencias, mitos e interpretación de sueños otorgan a aquéllos un carácter complejo. De hecho, los pueblos indígenas no distinguen entre el orden legal y otros órdenes sociales y culturales. Para ellos no hay más que una realidad y no existe [necesariamente] una distinción entre la actuación de las autoridades político-legales y la de las autoridades religiosas.*²⁶

Aunque una afirmación de este tipo puede no ser cierta para todas las comunidades o pueblos indígenas, sirve para poner en tela de juicio en qué medida resultan commensurables los diferentes sistemas de creencias existentes dentro de pluralidades legales complejas y para precavernos frente a presunción simplista de que los sistemas legales en Latinoamérica irán convergiendo progresivamente.

24 Sieder y Sierra, Op. Cit; Barrera, Op. Cit.

25 Bolivia. Ley del Poder Judicial (2010), Art. 159.

26 García Serrano, Op. Cit.,147.

7. Estados plurinacionales: ¿Más allá de los paradigmas de reconocimiento?

La Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009 van más allá de las previas formulaciones constitucionales de reconocimiento del Derecho Indígena. Ambas recogen la autonomía de las jurisdicciones indígenas, estableciendo explícitamente que están en paridad con el derecho ordinario estatal. Todo ello supuestamente en consonancia con las intenciones declaradas de sus redactores de “descolonizar” sus respectivos estados nacionales, en lugar de limitarse a reconocer el Derecho Indígena dentro de los marcos legales existentes (una formulación que había provocado la subordinación efectiva del Derecho Indígena al Derecho estatal- no indígena).

El artículo 179 de la Constitución de Bolivia establece que la jurisdicción ordinaria y la “Jurisdicción Indígena Originario Campesina” gozarán de igual jerarquía. En junio de 2010 se aprobó una nueva ley del órgano judicial que establecía las bases del sistema nacional de justicia y preveía la reforma del sistema legal para reflejar la naturaleza plurinacional del Estado. Esta medida pretendía garantizar a los pueblos y naciones indígenas la autodeterminación, la autonomía y el autogobierno, tal como se establece en la Constitución, en OIT 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.²⁷ Una ley de coordinación (*Ley de Deslinde Jurisdiccional*) aprobada en diciembre de 2010, establece los mecanismos de “coordinación, cooperación y complementariedad” entre las diferentes formas de derechos y compromete al Estado al fortalecimiento del Derecho Indígena y a la garantía de la igualdad y “respeto mutuo” entre las diferentes jurisdicciones.²⁸ Sin embargo, organizaciones indígenas de Bolivia criticaron la nueva ley por subordinar el Derecho Indígena al Derecho ordinario estatal que limitaba, por ejemplo, el ejercicio de la jurisdicción indígena a las áreas rurales.²⁹ En julio de 2010 se aprobó una polémica ley de creación de un nuevo Tribunal Constitucional “Plurinacional”. Este Tribunal resolvería los conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones que integran el nuevo sistema legal en Bolivia y debería adoptar sus decisiones a partir de una deliberación intercultural entre jueces indígenas y no indígenas. Las propuestas iniciales de paridad entre jueces indígenas y no indígenas fueron rechazadas, estableciendo la ley

27 Bolivia. Ley del Poder Judicial (2010), Arts. 5 y 6.

28 Zenobio Quispe Colqué, “La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional (Bolivia)”.<http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/la-justicia-ind%C3%ADgena-y-la-ley-de-deslinde-jurisdiccional-bolivia>, consultado el 26 de agosto de 2011.

29 Profesor, investigador y asesor de comunidades indígenas. Es miembro de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, además de desempeñar cargos comunitarios en su lugar de origen, entre ellos, mayordomías y el baile de la danza de moros y cristianos. Ver: Ramírez, Silvina, “Reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena en la nueva constitución de Bolivia. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances”. Documento no publicado, en el archivo personal de la autora, 2009; Mendoza Crespo, Marco Antonio, “Estado de relacionamiento en Bolivia” en Eddie Condor Chuquiruna (coord.) *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009, pp. 173-217.

además que los magistrados indígenas deben ser abogados acreditados, lo que ilustra la persistencia de la dominación de las concepciones liberales hegemónicas del Derecho.

La Constitución de Ecuador de 2008 reconoce los derechos de los pueblos indígenas y nacionalidades (Art. 57) y la jurisdicción indígena (Art. 171). En 2011 tuvo lugar un debate en el Congreso Nacional sobre un proyecto de ley de coordinación y cooperación entre el Derecho Indígena y el Derecho ordinario, propuesto por la diputada y abogada indígena Lourdes Tibán. Esta ley, conocida como *Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria*, suscitó una considerable oposición por parte de las élites políticas no indígenas. Se hizo pública la preocupación acerca del tipo de sanciones impuestas en la justicia comunal indígena y sobre cómo garantizar los derechos humanos constitucionales e internacionales. Los representantes indígenas, por su parte, temían que los sistemas de justicia indígenas quedaran considerablemente limitados por el sistema legal dominante. Sobre la cuestión de la jurisdicción personal y territorial, el proyecto de ley ecuatoriano proponía que el Derecho Indígena pudiera aplicarse a personas indígenas y no indígenas, pero sólo dentro de territorios indígenas. Ello coincidía con la *ley de deslinde* de 2010 de Bolivia que establece que la ley indígena puede aplicarse a indígenas y no indígenas dentro de territorios indígenas, pero también, frente a actos que afecten a los intereses de pueblos indígenas, incluso si dichos actos han sido cometidos fuera de los territorios indígenas. En ambos países persiste una poderosa oposición al ejercicio de los derechos de autonomía indígena y la nueva legislación no ha sido aún puesta a prueba. Pero, al menos, la tendencia en la región andina ha estado orientada hacia el fortalecimiento de las jurisdicciones indígenas, fijando en términos más precisos su legalidad frente a la jurisdicción ordinaria. Ello no sucede así en otros países: en México o Guatemala, por ejemplo, la ausencia de leyes de coordinación supone que las autoridades indígenas siguen actuando en un estado de ambigüedad legal sin que exista un reconocimiento explícito de sus legítimos derechos a ejercer sus propias formas de Derecho.

8. Conclusiones

La adopción de constituciones multiculturales y, más tarde, plurinacionales en Latinoamérica supone un profundo desafío a las concepciones monistas del Derecho dominantes en la mayor parte de las repúblicas de la región, desde su independencia. El pluralismo legal aparece ahora claramente reconocido en varias constituciones latinoamericanas. Sin embargo, esto no significa que las actitudes de los profesionales del Derecho y las élites políticas hayan cambiado de forma sustancial. Los pueblos indígenas han luchado durante décadas por sus derechos colectivos. El giro hacia el reconocimiento de sus sistemas de justicia constituye, por tanto, un significativo avance político. Sin embargo, el debate continúa centrado en cómo deben coordinarse los diferentes sistemas legales y en cómo garantizar que el Derecho Indígena respete las garantías de los derechos, antes que en cómo transformar los sistemas políticos para desarrollar sistemas políticos y modelos de desarrollo capaces de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas de forma integral. Las nuevas constituciones plurinacionales de Ecuador y Bolivia se basan en la convicción de que las formas indígenas de autogobierno resultan

inseparables de las cuestiones acerca del control sobre el territorio y los recursos naturales. Ahora bien, los gobiernos de Rafael Correa y Evo Morales han continuado chocando con las comunidades indígenas, precisamente, en lo relativo a estas cuestiones. Las exigencias de los pueblos indígenas sobre su autonomía para sus sistemas de justicia están estrechamente unidas a sus exigencias más generales de autonomía política, derecho al territorio y formas alternativas de desarrollo económico y social. Aunque los estados latinoamericanos han reconocido en mayor o menor grado sistemas de justicia indígena, continúan poniendo en práctica formas de desarrollo que resultan gravemente lesivas para los derechos de los pueblos indígenas y para su propia supervivencia.

9. Bibliografía

- Anaya, S. James, *International Human Rights and Indigenous Peoples*. Aspen Publishers, New York, 2009.
- Anaya, S. James, Videoconferencia a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, Asamblea Nacional de la República del Ecuador. 16 de junio de 2011.
- <http://unsr.jamesanaya.org/esp/videos/video-conferencia-asamblea-nacional-del-ecuador>
Consultada el 13 de julio de 2011.
- Assies, Willem. "Indigenous Justice in the Andes: Re-rooting or Re-routing? En Ton Salman y Annilese Zoomers (eds.), *Imagining the Andes: Shifting Margins of a Marginal World*, Askant, Amsterdam, 2003.
- Barrera, Anna, "Promoting Change in Legally Plural Settings: Domestic Violence and Indigenous Women's Quest for Justice in the Andes". Tesis de doctorado en ciencias políticas, Universidad de Hamburgo, 2014.
- Brunnegger, Sandra, "Legal Imaginaries: Recognizing Indigenous Law in Colombia", en Austin Sarat (ed.), *Studies in Law, Politics and Society*, Vol.55, 2011, pp.77-100.
- Buchanan, Nicholas y Eve Darian-Smith, "Introduction: Law and the Problematics of Indigenous Authenticities". *Law and Social Inquiry*, Vol. 36 (1), 2011, pp.115-124.
- Condor Chuquiruna, Eddie (coord.), *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009.
- Condor Chuquiruna, Eddie (coord.), *Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2010.
- Engle, Karen, *The Elusive Promise of Indigenous Development. Rights, Culture, Strategy*, Duke University Press, Durham NC, 2010.
- Faundez, Julio, 'Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru" en Rachel Sieder, Line Schjoldeney Alan Angell (eds), *The Judicialization of Politics in Latin America*. Palgrave Press, Basingstoke and New York, 2005, pp. 187-209.
- Faundez, Julio, "Should Justice Reform Projects Take Non-State Justice Systems Seriously? Perspectives from Latin America" *The World Bank Legal Review*, Vol.1, 2006, pp.113-139.
- Franco Valdivia, Rocío y María Alejandra González Luna, *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 2009.

- García Serrano, Fernando, "Estado de relacionamiento en Ecuador" en Eddie Condor Chuquiruna (coord.). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009, pp. 105-169.
- Godoy, Angelina Snodgrass, "When 'justice' is criminal: Lynchings in contemporary Latin America". *Theory and Society*. 33 (6), 2004, pp. 621-651.
- Godoy, Angelina Snodgrass, *Popular Injustice: Violence, Community, and Law in Latin America*. Stanford University Press Stanford CA.
- Goldstein, Daniel M., *The Spectacular City. Violence and Performance in Urban Bolivia*, Duke University Press, Durham and London, 2004.
- Griffiths, J, "What is Legal Pluralism?" *Journal of Legal Pluralism*. Vol. 24, 1986, pp. 1-50.
- Griffiths, Anne, "Legal Pluralism" en R. Banakary M. Travers (eds). *An Introduction to Law and Social Theory*, OR: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, pp.289-310.
- Hernández, Aida, "National Law and Indigenous Customary Law: The Struggle for Justice of the Indigenous Women from Chiapas" en Maxine Molyneux Shahra Razavi (eds.) *Gender, Justice Development and Rights*, Oxford University Press, Oxford and New York 2002, pp. 384-412.
- Lang, Miriam y Anna Kucia, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, UNIFEM, Quito, Región Andina, 2009.
- Mendoza Crespo, Marco Antonio, "Estado de relacionamiento en Bolivia" en Eddie Condor Chuquiruna (coord.). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Comisión Andina de Juristas (CAJ), Lima, Perú, 2009, pp. 173-217.
- Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism". *Law and Society Review*, 1988, Vol.22: 869-96.
- Merry, Sally Engle, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2006.
- Ministerio de Justicia, Viceministerio de Justicia Indígena Ordinaria Campesina, FORDECAPÍ – Pueblos Indígenas y Empoderamiento (EMPODER), *Sistematización del Proceso de Consulta a los Pueblos Indígenas Originarios Campesinos. Anteproyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional*. Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia. Documento en el archivo personal de la autora, 2010.
- Moore, Sally Falk, *Social Facts and Fabrications: "Customary" Law on Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 1996.
- Mora, Mariana, "La politización de la justicia zapatista frente a la guerra de baja intensidad en Chiapas" en María Teresa Sierra, Rosalva Aída Hernández y Rachel Sieder (coords.), *Justicias Indígenas y Estado: Violencias Contemporáneas*., LACSO y CIESAS, México, 2013, pp. 195-227.
- Neizen, Ronald, *Public Justice and the Anthropology of Law*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 2010.
- Ortiz, Gonzalo, "Harsh Indigenous Justice Sparks Debate", IPS News, 2010.
<http://ipsnews.net/news.asp?idnews=51591> Consultada el 6 de febrero de 2012.
- Povinelli, Elizabeth, *The Cunning of Recognition: Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism*, Duke University Press, Durham NC, 2002.

Ramírez, Silvina, "Reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena en la nueva constitución de Bolivia. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances". Documento no publicado, en el archivo personal de la autora, 2009.

República del Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2011. *Informe para Primer Debate del "Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria*. Quito, Ecuador. Documento en el archivo personal de la autora.

Rodríguez-Piñero, Luis, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2006.

Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. 3^a, UNIJUS, Edición. Bogotá, Colombia, 2010.

Sieder, Rachel, "Building Mayan Authority and Autonomy: The 'Recovery' of Indigenous Law in Post-peace Guatemala." *Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 55, 2011a, pp. 25-57.

Sieder, Rachel, Contested Sovereignties: Indigenous Law, Violence and State Effects in Postwar Guatemala." *Critique of Anthropology*, Vol.31 (3), 2011b, pp.1-24.

Sieder, Rachel and María Teresa Sierra, *Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina*, Chr. Michelsen Institute, Bergen, Norway, 2010.

Sierra, María Teresa (ed.). *Haciendo justicia: interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS, México, 2004.

Tamanaha, Brian, "Understanding legal pluralism: past to present, local to global", *Sydney Law Review*, Vol.30, 2008, pp. 375-411.

Twining, William, *Globalization and Legal Theory*, Northwest University Press, Evanston IL, 2000.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización" en César Rodríguez Garavito (coord.) *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp.139-159.

El pluralismo jurídico desde experiencias concretas



Principios filosóficos del derecho Ñuúsavi

Francisco López Barcenas¹

Sumario

1. Introducción – 2. La mixteca inventada – 3. La mixteca recreada 3.1 El *ñuhu* como espacio vital – 3.2 El *Ñuú* como sujeto político – 4. El *tan'a*² como base de la organización social – 5. La organización pública – 5.1 Los *tiñu ñuú* y la organización social – 5.2 Los *Tinu ñuú* y el orden social – 5.3 La Asamblea General – 5.4 La Asamblea General y el orden social – 5.5 Los *Cha'a canu*³ – 6. Los principios del derecho *ñuú savi*– 6.1 Primer principio: *Ndoo* (Nosotros) – 6.2 Segundo principio: *Na kundeku tnaae*⁴ (Convivencia) – 6.3 Tercer principio: *Na chindée tna'ae'* (solidaridad) – 6.4 Cuarto principio: *Da'an ó Sa'a* (ayuda) – 6.5 Quinto principio: *Tinu ñuú*: (Trabajo del pueblo) – 6.6 Sexto principio: *Viko ñuú*. (Fiesta del pueblo) – 7. El *ka'a vi*⁵ como ordenador de la vida – 8. Las prácticas culturales y las normas jurídicas indígenas – 9. Bibliografía

1 Licenciado en Derecho. Maestro y doctor en Desarrollo Rural, ha desempeñado actividades de profesor, investigador, funcionario público y articulista del diario mexicano “La Jornada”. Asesor jurídico del Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A.C. en el Estado de Oaxaca, México.

2 *Tan'a* es una expresión propia de la mixteca alta, en la mixteca baja dicen *Tan'i*.

3 Esta es una expresión de la mixteca baja, en la alta el *Cha'a*, es *Te'e*. Igualmente distinguen entre *canu* y *ya'a un*, donde la primera expresión significa grande pero de cuerpo y por extensión gordo, mientras la segunda es grade de corazón, pensamiento y conocimiento.

4 Convivamos un rato. Una variante de él sería: *na kunchuku gin ñanij vahan*, de acuerdo con el mixteco de Santiago Yosondúa.

5 En algunas variantes, como la parte de Huajuapan, expresan *sa'an vili*. En ambos casos significa hablar bonito, elegante.

[...]

*Ma kada u'utsa xi en da'a ñuu da'a tsayu
na ko'on xanatsa sa va'a diko kujndoo niddandoo,
nisa en sa na'a sa yichi ma ko
nisa en sa u'u sa nda'vi ma kinindoo xi'insta.*

[...]

No hagamos mal a otros hijos de pueblos cercanos
para que nos tengan buena voluntad a todos nosotros
para que no exista recelo
y que no veamos malestares con ellos a causa de nosotros.⁶

Resumen

El presente documento tiene como propósito central exponer los principios con base en los cuales los pueblos *ñuu savi* –mixtecos le denominan los mestizos–, originarios del Estado mexicano, organizan su vida social y privada y que, para efectos del presente trabajo, denominamos Derecho *ñuu savi*. Para ello se comienza con la descripción de lo que son los *ñuu savi* desde dos perspectivas: la estatal, que denominamos inventada; y, la propia del pueblo que denominamos recreada. Enseguida nos ocupamos del *ñuu savi* como espacio vital de los *ñuu savi* y del *ñuu savi* como sujeto político. Después de esto nos ocupamos de la forma en que los *ñuu savi* organizan su vida privada y pública para después pasar a explicar los principios en que la basan. Finalmente verificaremos si estos principios filosóficos son similares a los del Derecho Positivo y por lo mismo si existe razón alguna para que el Estado mexicano no reconozca al derecho *ñuu savi* como válido para organizar su vida.

1. Introducción

Este trabajo busca explicar la forma en que el *ñuu savi*, mas conocido como pueblo mixteco, organiza su vida social y los principios sobre los cuales lo hacen. Con este propósito, en primer lugar describimos la ubicación de los *ñuu savi*, desde dos puntos de vista: el primero, tomando como base la forma en que el Estado la ha organizado, que las mayorías de las veces no responde a la realidad ni a la cosmovisión de ellos es la razón por la cual la denominamos la mixteca inventada; el segundo, desde el punto de vista de cómo se organizan ellos, para lo cual ocupamos los conceptos propios de la *tu'un savi*⁷ y su idea del cosmos, a la cual denominamos la mixteca recreada. Con esta explicación dual del *ñuu savi* pretendemos exponer las dos visiones que, casi siempre, se dan de los

6 *Tu'un saá vili: latakuutsa* (Discurso-parangón: Ramo de flor serán), párrafos 17 y 18. En: Ortiz, Castro, Ignacio, *Acercamiento a la filosofía y ética del mundo mixteco*, Colección diálogos, Pueblos originarios de Oaxaca, Secretaría de Cultura-CONACULTA, México, 2007, p. 60.

7 Lengua mixteca. Algunos también dicen *sau sau*.

pueblos indígenas: una estatal, que busca reducirlos a categorías que le son ajenas y se usan para someterlos a una cultura dominante; y, otra propia de ellos, a través de la cual resisten y mantienen su organización para no dejar de ser lo que son, pueblos con culturas diferentes a otros pero igual de válidas para planear su futuro.

En una segunda parte del trabajo, se aborda la organización del *ñuu savi*, de acuerdo a como ellos lo hacen, que casi nunca coincide con la forma en que el gobierno pretende organizarlos. En esta organización se encuentran dos escalas: una privada –familiar- y otra pública. Esta última se divide en varios niveles, como serían los distintos cargos que en ella se desempeñan y las funciones que se realizan en cada uno de ellos, algunos como autoridad con capacidad para la toma de decisiones y otros simplemente para ejecutarlos. Finalmente, en la última parte se aborda lo que hemos denominado principios filosóficos del derecho *ñuu savi*, a través de los cuales se pretende explicar el porqué de las formas de organización privada y pública, los niveles de los cargos y las funciones que se desempeñan en cada uno de ellos.

El presente trabajo pretende que el lector pueda entender el Derecho Indígena, los mal llamados “usos y costumbres” o “sistemas normativos” y cómo estos no pueden reducirse a las normas rígidas como el Derecho estatal codificado. Éstos, mas bien se integran por normas jurídicas y principios que les dan fundamento, los cuales juegan un papel importante, como en el caso del Derecho; aunque en este caso sólo operen para llenar lagunas jurídicas y en otros operen en un plano de igualdad. De igual manera, se busca demostrar que el Derecho Indígena no puede reducirse a sistemas procedimentales de resolución de conflictos, como expresa la mayoría de las leyes que dicen reconocerlos, y que, por el contrario, regulan un sin fin de actos relacionados con los bienes, las relaciones familiares y las relaciones políticas dentro de la comunidad.

2. La mixteca inventada

El *ñuu savi* -pueblo de la lluvia- mejor conocido como pueblo mixteco, habitan en un territorio que el Estado mestizo ha repartido para su administración, entre los estados de Guerrero, Oaxaca y Puebla. En su totalidad, el espacio ocupado por los *ñuu savi* abarca una superficie aproximada de 40.000 kilómetros cuadrados. Su frontera occidental corre paralela a los límites entre Guerrero y Oaxaca, hasta la altura de Tlapa, después sigue la cuenca del Río Atoyac, hasta llegar a Acatlán, en el Estado de Puebla. Al norte sus límites arrancan desde este punto en línea recta y van a conectar al bajo Valle de Tehuacán, en el mismo estado, sigue la configuración de la Cañada de Telixtlahuaca, en Oaxaca y avanza por los Valles Centrales rumbo a Cuilapan. De ahí varía al Sureste, llega a Teojomulco y continúa por los límites del Distrito de Juquila hasta la altura de Puerto Escondido, en la costa del Océano Pacífico, cuyo litoral forma su frontera Sur.⁸

8 Dalhgren de Jordan, Bárbara, *La mixteca su cultura e historia prehispánicas*, México, Ediciones del Gobierno Constitucional del Estado de Oaxaca, 1979, pp. 15-16. También López Ramos, Juan Arturo, *Esplendor de la antigua mixteca*, Trillas, México, 1987, pp. 25-26.

Tomando en cuenta su situación geográfica y ecológica, el territorio de los *ñuu savi* ha sido subclasificado, dando origen a la Mixteca Alta, Mixteca Baja y Mixteca Costeña. Se trata de una clasificación que recoge otra que, desde la época precolombina, ya formularon los *ñuu savi*. Así, de acuerdo con el testimonio de los religiosos dominicos que llegaron a la región décadas después que las tropas españolas, se tiene que

A la mixteca alta, la región de Yanhuitlán y Nochixtlán la llamaron Nudzavuiñuhu, que es cosa divina y estimada [...] a la parte que cae hacia Oaxaca, Tocuisi *ñuhu*, por ser también tierra estimada; a la Mixteca Baja, a la región de Juxtlahuaca, le pusieron nombre de Nuiñe, por ser tierra cálida, y toda aquella cordillera hasta Puctla que es el principio de la Costa llamaron Ñuñuma, por las muchas nieblas que ahí se ven ordinariamente [...] A la cuesta del mar del sur, que se sigue a Puctla llamaron Ñundaa, por ser tierra llana.⁹

La geografía del *nuhu ñuu savi* es bastante accidentada. Grandes sierras la atraviesan transversalmente dando origen a varias cadenas montañosas que se entrecruzan, creando un relieve sumamente abrupto y con limitados valles. Porcentualmente se calcula que el 85% del suelo mixteco está compuesto por lomeríos y pendientes mayores y el resto por valles. Las sierras más conocidas son las de Nochixtlán y Peñoles, al este; las de Acatlán, en el Estado de Puebla, y las de Coicoyán de las Flores, al oeste del Estado de Oaxaca. En conjunto, todas estas montañas reciben el nombre de *Nudo Mixteco*.

Además de lo anterior, se estima que la cuarta parte del territorio mixteco sufre una erosión irreversible y otra quinta se encuentra en proceso de destrucción. Estudios recientes pronostican que en menos de treinta años podría ser una estepa árida, con vegetación desértica, abandonada, en la cual subsistan sólo pequeños pueblos en los valles regados, en medio de montañas con escasísimas áreas de temporal, lavadas por el aire y el viento.¹⁰ A esta ecología en constante deterioro, contribuye también la deficiente precipitación pluvial, la desigual distribución de la lluvia durante el ciclo productivo y la calidad calcárea de buena parte de los suelos. Estas circunstancias han llevado, a especialistas en la materia, a afirmar que uno de sus rasgos comunes es la pobreza de nutrientes, especialmente nitrógeno y fósforo, así como su alto contenido de calcio, carbonato y deficiencia en materia orgánica.¹¹

Desde el punto de vista cultural, en su manifestación contemporánea, investigaciones recientes encuentran que el territorio que ocupan los *ñuu savi*, dentro del Estado de Oaxaca, es cercano a los 18.759 kilómetros cuadrados,¹² los cuales administrativamente,

9 de los Reyes, Fray Antonio, *Arte de la lengua mixteca*, facsímile de la edición de 1593, Nashville, 1976, pp. I y II. Citado por Romero Frizzi, María de los Ángeles, *El Sol y la Cruz: Los Pueblos Indios de Oaxaca Colonial*, (Historia de los Pueblos Indígenas de México), CIESAS-INI, México, 1996, p. 47.

10 Martínez Vásquez, Víctor Raúl, *Movimiento Popular y Política en Oaxaca 1968-1986*, México, CONACULTA Colección Regiones, 1990, p. 35.

11 *Ibid.*

12 Bartolomé, Miguel A. "El pueblo de la lluvia. El grupo etnolingüístico *ñuu savi* (mixtecos)", en Barabas, Alicia M. y Bartolomé, Miguel A., *Configuraciones Étnicas en Oaxaca. Perspectivas Etnográficas para las Autonomías*, México, INI-CONACULTA-INAH, 1999, 135-188.

comprenden 189 municipios de los distritos de Silacayoapan, Huajuapan, Juxtlahuaca, Coixtlahuaca, Nochixtlán, Teposcolula, Tlaxiaco, Putla y Jamiltepec, y 14 municipios más que, debido a la división política-administrativa del Estado, aunque formaron parte de La Mixteca histórica, actualmente pertenecen a los distritos de Cuitatlán (8), de Zaachila (2), Sola de Vega (1), Etila (2) y Juquila (1). De este modo, puede decirse que el territorio histórico mixteco de Oaxaca, está integrado por lo que actualmente son 203 municipios, aunque no puede olvidarse que existe otro municipio en el Estado que no está dentro de la Mixteca, sino en la región de la Cañada, en el cual han vivido mixtecos desde tiempos prehispánicos: se trata de San Juan Coatzospam, del distrito de Teotitlán del Camino.¹³

No obstante, es necesario advertir que no todos los municipios de La Mixteca están habitados únicamente por mixteco hablantes; hay también cinco municipios chocholtecas y dos amuzgos; uno (y parte de otros tres), triqui; uno náhuatl y uno ixcateco, lo que hace un total de 10 municipios chocholtecas, dos amuzgos; uno (y parte de otros tres), triqui; ocupados por hablantes de lenguas indígenas distintas al mixteco. Asimismo, cabe aclarar que algunos municipios han dejado de tener hablantes de lenguas indígenas, dando por resultado que en el año 1990 solamente existieran, en La Mixteca histórica, 127 municipios con hablantes de lengua indígena: 117 que lo son de mixteco y 10 que hablan otra lengua. Los 77 municipios restantes ya no registran hablantes de idiomas indígenas. En estos casos se trata de lugares con altos índices de emigración, lo que permite suponer que gran parte de su población abandonó el municipio, y los que quedaron, se castellanizaron rápidamente.¹⁴

De la misma manera, hay otros 25 municipios, en el Estado de Oaxaca, en los cuales existen mixtecos inmigrantes en números significativos. Estos mixtecos fueron, en algunos casos, ejidatarios que recibieron tierras en la región Mixe Baja, en los municipios de San Juan Cotzocón y San Juan Mazatlán del Distrito Mixe, o en San Juan Yaveo del Distrito de Choapan. En otros casos, se trata de migrantes que se establecieron en diferentes municipios del Estado de Oaxaca por cuenta propia. Entre éstos se destacan, por su número, los residentes en la capital.

Finalmente, es necesario mencionar que otros municipios localizados fuera de la región mixteca, estuvieron densamente habitados por mixtecos, pero han dejado de calificarse como tales en los censos; debido a que su población ha dejado de hablar el idioma mixteco, aunque conserve otros rasgos culturales. Este es el caso de Cuitlapan, municipio que pertenece al Distrito Centro, y que fue asiento de un principado desde el cual se lanzaron los mixtecos a la conquista de otros muchos pueblos del Valle de Oaxaca (Huayapan, Xoxocotlán, Atzompa, Zegache, Huayapan y hasta Tezoatlán, ciudad capital de los zapotecas), a los que se impusieron y en los que, además, formaron barrios. Otro pueblo mixteco importante fue Sosola, en el Distrito de Etila. Fue un reino mixteco y

13 Acevedo Conde, Luisa María, "Los Mixtecos", en *Etnografía Contemporánea de los Pueblos Indígenas de México, Región Pacífico Sur*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1995, pp. 83-90.

14 *Ibid.*, pp. 83-90.

actualmente es monolingüe (español), o el de Huitzo, también en Etla, señorío mixteco de gran influencia regional.

Puede decirse que, a la fecha, hay 204 municipios en la región Mixteca tradicional (189 en los nueve distritos predominantemente mixtecos y 15 en los que por la decisión política oficial quedaron adscritos a otros distritos), de los cuales 117 conservan más del 10% de hablantes de mixteco; 10 de ellos que están habitados por hablantes de otras lenguas indígenas, y 77 que actualmente son monolingües de español.¹⁵

De acuerdo con datos del censo de 1990, el poblamiento de la Mixteca es muy desigual: tres distritos, Jamiltepec, Huajuapan y Tlaxiaco, tienen más de la mitad de la población total del área (55%), mientras que Teposcolula, Silacayoapan y Coixtlahuaca cuentan apenas con el 12%; no obstante que, igual que los tres primeros distritos, durante la colonia estaban los lugares más poblados. Por otra parte, los distritos también muestran una gran heterogeneidad respecto del número de municipios y localidades que los integran.

De lo anterior, se desprende que el Estado de Oaxaca no reconoce, como mixtecos, a todos los que habitan el territorio ocupado por comunidades que se reclaman como tales, sino atendiendo a otros criterios distintos de los culturales, como los geográficos y económicos; y ha diseñado una clasificación *regional* distinta de la *territorial*. Esto ha fragmentado el territorio *ñuu savi*, al tiempo que ha incluido en él, espacios que corresponden a otros pueblos, como el chocho y el triqui.

3. La mixteca recreada

Paralela a la organización oficial existe otra, propia de sus habitantes, cuyos orígenes se pierden en el tiempo; pero que se han ido enriqueciendo, a través de los años, con adquisiciones de otras culturas. Una de esas raíces tiene que ver con el nombre mismo ya que, como hemos dicho, el pueblo mixteco en realidad se llama *ñuu savi*, pueblo de la lluvia. Como la mayoría de los pueblos, que en su origen tienen el mito del caos y el orden, el *ñuu savi* tiene el propio. El *Códice de Viena* describe cómo los dioses hicieron bajar del cielo a dos parejas primordiales a preparar la creación del universo y, de una gran piedra –*ñuhu*– de pedernal, formada por una de estas parejas, nació 9 Viento, dios que entre otros atributos tenía el de cargar el *ñuhu* (deidad de la tierra) en su pecho. 9 Viento bajó a la tierra después de recibir consejos y atavíos de los dioses creadores del universo, usando a manera de escalera, una cuerda que colgaba por una abertura que existía en la bóveda celeste.

El mismo códice narra el origen del pueblo *ñuu savi* describiendo cómo, en una escena dominada por un gran árbol con una abertura en la parte superior, se ve aparecer a las primeras mujeres y hombres mixtecos. En el documento se enumeran cincuenta y un personajes nacidos de esa manera; se describen también otros acontecimientos

15 Acevedo Conde, Luis María, Op. Cit., pp. 91-92.

precedidos por 9 Viento, como la celebración de la primer ceremonia del fuego nuevo, los rituales de la lluvia y la cosecha del maíz, la ceremonia del pulque y los hongos alucinantes, entre otras. Todas estas escenas perviven en las prácticas culturales de los *ñuu savi*, ligadas, al *ñuhu*, la tierra, y las ceremonias relacionadas con ella. Por último el *Códice de Viena* narra la aparición del sol y la luna y el principio de las dinastías y los reinos mixtecos.¹⁶

Tan importante es el pasado mítico descrito en el *Códice de Viena* que de él, Enrique Florescano ha dicho:

El propósito de estos libros era entonces asentar que los reinos fueron obra de los dioses y que los linajes gobernantes descendían directamente del carismático 9 Viento, el dios cuyo simbolismo resumía los valores más admirados por el pueblo mixteco. Como ningún otro testimonio del periodo posclásico, el *Códice de Viena* narra en imágenes el origen de estos pueblos, su relación con los dioses y los reinos vecinos, y describe los valores que distinguieron a la nación mixteca.¹⁷

Recordar que los denominados mixtecos, en realidad son *ñuu savi*, es importante, porque el concepto base donde puede encontrarse una estructura organizativa propia es el *ñuu*: el pueblo, que a su vez tiene mucha relación con el *ñuhu* –tierra- pero tierra con vida y relaciones humanas, pues cuando no existe vida en ella se le denomina *yucu*, cerro o monte, lo que puede llevar también a usarlo para denominar lo “salvaje”,¹⁸ por oposición a lo “civilizado”, lo humano; o *yoso*, que se usa para nombrar los llanos y por extensión a “gran pluma” que era la forma como se les representaba pictóricamente porque en ellos crecía el pasto, tan suaves como aquélla. El *ñuu* tiene sentido por el *ñuhu*, pero éste, a su vez, condiciona la existencia del primero. Entre ambos existe el *ñuhu*, que hace referencia a la luz, al fuego y a lo sagrado. Podemos explicar un poco más este asunto, refiriéndonos a cada uno de sus componentes.

3.1. El *ñuhu* como espacio vital

Atendiendo a los elementos culturales de los *ñuu savi* descubrimos que uno de los elementos *ñuu* en sentido amplio es el *ñuhu*, espacio que habitan, incluido el suelo, el subsuelo, el aire y los elementos que en ellos existen. El *ñuhu* hace posible la existencia del *ñuu* a través de relaciones que se condicionan mutuamente, y se expresan por medio de relaciones comunitarias de servicio, trabajo y fiesta. El territorio -el *ñuhu*- para los *ñuu savi*, como para muchos otros pueblos indígenas, históricamente no fue un objeto mercantil sino un elemento sagrado. En su concepción más genérica era equiparado con una divinidad, la diosa madre de la que nacían los demás dioses vegetales y animales, y de

16 Caso, Alfonso, *Reyes y reinos de la mixteca*, México, Fondo de Cultura Económica, Tomo I, 1999, pp. 12-148. También: Florescano, Enrique, *Memoria indígena*, México, Taurus, 2000, pp. 22 y 23.

17 Florescano, Enrique, *Historia de las historias de la nación mexicana*, México, Taurus, 2002, pp. 65-68.

18 Koning, Viola, “La escritura mixteca”, en Carmen Arellano Hoffmann; Peer Schmidt; Xavier Noguez (coordinadores), *Libros y escritura de tradición indígena*, Frankfurt, El Colegio Mexiquense, A. C.-Universidad Católica de Eichstatt, Vervuert, 2002, pp. 109-155.

quienes dependía la vida de los hombres. La relación entre los pueblos –ñuú- y la tierra –ñuhu- era casi como un acto religioso. Se podía usar pero no disponer de ella; es más, el mismo uso quedaba subordinado a la organización social.¹⁹

En la actualidad muchos, y de diversos tipos, son los elementos culturales y míticos que intervienen en la formación del *ñuhu*. En casi todo el territorio de los *ñuú savi* existen lugares considerados sagrados por las comunidades que los habitan, o con algún sentido mítico o histórico. Igual que la descripción de cómo los dioses se pusieron de acuerdo para enviar a 9 Viento a formar el mundo, es famosa la relación que describe cómo los dioses hicieron brotar, de la Cueva de Apoala, el Río *Yutatnoho*, río sagrado que dio origen a los primeros linajes mixtecos, de donde surgieron los habitantes originarios de la región; pero no son los únicos. En casi todas las comunidades se pueden hallar cuevas o ríos con algún sentido mítico o sagrado. De hecho es en las cuevas –cahua–, ríos –yuta– y ojos de agua –nu kane (o nu kei) ndute²⁰– donde se realizan entre los meses de abril y mayo las peticiones de lluvia, hecho que guarda relación con la memoria histórica y el mito del origen. Otros hablan de cómo se fundaron los pueblos. En general, *ñuú* alude a si se formaron por indígenas, yoso si en ellos interviniieron agentes externos, o se formó por personas no originarias, también denominadas *te'e toho*,²¹ o de sucesos de historias locales que, a través del tiempo, tienen relevancia para la formación de las identidades locales.

También existen lugares que son sagrados porque en ellos existen deidades, como los *ntoso*, especie de gigantes que crearon al hombre y todo lo que en el mundo existe, pero cuando vieron que aumentaban sus necesidades y el mundo era muy pequeño, levantaron el mar y crearon el *ñuu tu'u*, pueblo viejo, donde se pudiera vivir. Pero el hombre se volvió ambicioso, descompuso al mundo y fue condenado a morir como vivía: entre basura.²² Además de los *ntoso*, que son a la vez bondadosos o malvados, en varios lugares, sobre todo de la mixteca baja, existe el *tavayuku*, señor de los montes al que hay que rendir culto antes de aprovechar la tierra o sus recursos, caso contrario puede castigar con enfermedades o algunos otros males. Son estos elementos los que configuran los territorios indígenas y diferencian a éstos de las tierras, como propiedad y espacios para la vivienda y la producción. Como se ve el *ñuhu* puede ser una traducción del territorio mixteco, aunque no cubre la *totalidad* y *amplitud* del término.

19 Pastor, Rodolfo, *Campesinos y reformas: la mixteca, 1700-1856*, México, el Colegio de México, 1987, pp. 21-22.

20 Literalmente, donde nace el agua.

21 Esta expresión puede traducirse al castellano como ajeno a la comunidad o, extrapolándola, como extranjero.

22 Este mito fue recogido por Abigail Hernández Núñez, en la comunidad de Ocotlán, Santa Lucía Monteverde, Putla, en la mixteca baja. Coincide bastante con la *Relación de Juxtlahuaca* donde se dice que los habitantes del Tecomaxtlahuaca y Juxtlahuaca (en la mixteca baja) “adoraban al sol los guerreros valientes [a] que llamaban en su lengua mixteca Taandoso y que, cuando andaban en las guerras, si mataban a algún indio estos guerreros, luego le sacaban el corazón y lo ofrecían al sol”. Acuña, René, *Relaciones Geográficas del Siglo XVI: Antequera*, México, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 284-285.

3.2. El Ñuú como sujeto político

Como antes dijimos, el territorio mixteco se divide en innumerables comunidades que se agrupan en municipios organizados en distritos judiciales y rentísticos, aunque de manera informal, representan una forma de control político sobre las comunidades. Esta situación no es nueva. Sobre este espacio geográfico, los *ñuú savi* construyeron, alrededor del siglo X de nuestra era, una sociedad extremadamente compleja y desarrollaron una rica cultura. Construyeron ciudades, centros rectores con una elaborada organización social, económica y política. Cuando los españoles invadieron la región, en el siglo XVI, no entendieron esta forma de división política-territorial, y designaron a los principales asentamientos con el nombre de señoríos, que era como ellos denominaron en España a su organización política. Tiempo después, los investigadores las equipararon a las ciudades-estado europeas, analizando una realidad distinta con conceptos propios de la Europa feudal. Investigaciones recientes han demostrado que en la Mixteca no existieron ni señoríos ni ciudades-estado, sino *yuhuitayu*, que fueron la base de la organización política. Comprender este hecho histórico es importante para entender la actual sociedad mixteca y su derecho.

Para entender el *yuhuitayu*, es necesario tener presente algunos de los aspectos principales del mundo mixteco. La base de la sociedad era la familia extensa, no sólo la formada por el padre y la madre, sino aquélla que incluía los antecesores de los padres (abuelos, bisabuelos, tatarabuelos) y los parientes colaterales (tíos, tías, sobrinos y sobrinas). Estas familias daban origen a varios linajes, diferentes entre sí. Un linaje se integraba por el grupo de parientes descendientes en línea recta de antecesores míticos, por medio de los cuales se “comunicaban” con los dioses.

Entre los siglos X y XV, algunas familias lograron concentrar un inmenso poder y a quienes los encabezaban se les conoció como *yyas*, hombres y mujeres de respeto, seres casi divinos, que justificaban su posición privilegiada a través de la manipulación del conocimiento, del calendario y el ritual. Los *yyas* ocuparon un lugar preponderante en la sociedad mixteca; se les llamaba *yyas canu*, hombres grandes a quienes en ocasiones se les llegó a equiparar con los *yya toniñe*, palabras con las cuales se hacía referencia a seres divinos o sagrados. Este puede ser el origen de los “Consejos de Ancianos” o “Ciudadanos Caracterizados”, de quienes hablaremos en su oportunidad.

En el nivel más bajo se encontraban los *tay ñuhu*, hombres de pueblo, también llamados *tay yucu*, hombres de monte, o *tay sicaqual*. Todas estas denominaciones se daban al común de los ciudadanos del *ñuú*, en contraposición a las de los *yyas canu* y los *tay toho*, que, además de pertenecer a la clase social alta, se consideraban descendientes de los dioses. Por el contrario, los *tay cuyu* componían la clase baja, campesinos que, con su trabajo diario, sostenían a los de la clase alta.

Los *tay yucu* veían a los *yyas canu* como sus amos y señores, y acudían a sus palacios a servirles, labraban las cementerias para su sustento, dándoles todo aquello que pidieran. Esta práctica se mantuvo durante la colonia y subsistió a la independencia de México, sólo

que los *yyas canu* fueron sustituidos, primero por los españoles, y después por los mestizos. Hasta hace unos treinta años todavía se pedía tributo a los mixtecos, aunque disfrazado como recompensa por algún servicio prestado. Asimismo, los *saa'ndavi*, es decir, los pobres y por extensión indios, pues esta palabra no existe en mixteco, daban servicio gratuito en las casas de la “gente de razón”.

Dada esta situación, el parentesco era una forma de organización muy importante, que influía en la estructura del poder político y económico de los *yuhuitayu*, diferenciándolo de los señoríos o ciudad-estado, como fueron catalogados por los españoles. Es significativo que en los códices el *yuhuitayu* se represente por un hombre y una mujer sentados sobre un petate. Era la representación de la unión del linaje de él y ella y ambos regían sobre el *ñuu*. La sucesión del poder político era resultado de arreglos entre linajes, lo que aseguraba redes de apoyo entre los lugares gobernados por un linaje o diversos pero aliados.²³

Estas formas de organización política se reflejaban en sus rasgos generales de los actuales pueblos. En la *Relación de Justlaluaca* se lee lo siguiente:

Estos dos pueblos (Juxtlahuaca y Tecomaxtlahuaca), antes que los españoles viniesen, cada uno de ellos reconocían a sus caciques por señor y dicen que no tributaron ni reconocieron vasallaje a otro ningún señor ni cacique. [...]. Y dicen que no tenían otro señorío sobre ellos y que sus caciques eran los que los mandaban y les castigaban los delitos que entre ellos se averiguaban, y a estos tributaban y les labraban sus sementeras, y derechamente les servían como a señores: sin réplica se había de hacer y poner en ejecución lo que el cacique mandaba, aunque mandase quitar las vidas a todos los del pueblo.²⁴

Las personas que en este documento se identifican como caciques, pueden ser los *yya canu*, pues este vocablo, que no existía en la región, fue introducido por los españoles. Asimismo, cuando se refiere al pueblo, seguramente se refiere a los *tay yucu*, o *tay ñuhu*, como era llamada la gente común del pueblo.

Asimismo, el documento decía que:

El gobierno que tenían era obedecer lo que sus caciques les mandaban, los cuales siempre tenían en sus casas cercanos parientes, que vivían en otra parte diferente de donde el cacique estaba, y a estos acudían todos los demás naturales del pueblo y les daban cuenta de sus negocios, y estos comunicaban todo lo que el cacique quería.²⁵

Seguramente los parientes cercanos de los que se habla son el equivalente de los *tay toho* de los cuales hemos hablado con anterioridad.

23 Romero Frizzi, María de los Angeles, *El Sol y la Cruz: Los Pueblos Indios de Oaxaca Colonial*, CIESAS-INI, México, Historia de los Pueblos Indígenas de México, 1996, pp. 48-51.

24 Acuña, René, *Relaciones Geográficas del Siglo XVI: Antequera*, México, UNAM, Primer Tomo, p. 284.
25 Ibid., pp. 286-287.

Decíamos al principio que la organización social del *ñuu* *savi* se da en dos escalas, una de ellas la privada o familiar. Aquí nos ocupamos de esta escala organizativa, analizando las formas que adopta y su importancia en el orden social, especialmente ante *tan'a*.

4. El *tan'a*²⁶ como base de la organización social

La sociedad mixteca ha evolucionado con el paso de los siglos. Sin embargo, muchos rasgos del pasado continúan en ella, mezclados con rasgos modernos. Una forma social primaria de cómo se organiza el *ñuu*, muy parecida al *yuhuitayu* prehispánico, que no es política en sentido estricto porque no responde a las formas de participación comunal, es el *tan'a*²⁷ vocablo mixteco que puede traducirse como *familia* pero con el cual se hace referencia a parientes, compañeros y amigos. Esta interpretación se la puede equiparar a familia extensa; inclusive la familia que surge de lazos no sanguíneos sino sociales culturales, como el hecho de que los amigos sean considerados hermanos rituales, como el hecho de que los padrinos de bautizo pasen a ser una especie de segundos padres del ahijado y sus hijos sean considerados sus hermanos.

En el *tan'a* es donde se dan los primeros lazos organizativos, especialmente para la producción, a través del *sa'a*,²⁸ trabajo que se realiza en común entre los miembros del *tan'a*, para beneficio de sus miembros, en donde la persona beneficiada queda obligada a retribuir el trabajo recibido de manera gratuita. Así, quienes necesitan mano de obra para realizar actividades que sólo beneficiarán a su familia, pueden obtenerla sin pagar un salario por ella, pero se comprometen moralmente a reponer el trabajo gratuito cuando quien lo prestó lo requiera. De esta manera el *tan'a* cubre los huecos que quedarían, y las actividades que no se realizarían, si todas estuvieran sujetas a las relaciones mercantiles, al grado que, sin ella, muchos trabajos colectivos, o particulares, no se podrían realizar.

Además de eso, el *tan'a* permite ir construyendo una red de afinidades, que después se muestra en la vida organizacional política y social de la comunidad. En muchos casos el *tan'a* funciona como célula de *ñuu*. A partir de ello se va analizando de manera informal quién puede ser autoridad y qué trabajos se realizarán, si la autoridad decide no hacer esos trabajos sino otros, los miembros del *tan'a* no participan en los tequios o en las asambleas para legitimar otras decisiones; entonces el trabajo se malograría.

Para el caso específico del Derecho, el *tan'a* es también un espacio de resolución de determinados conflictos. Si se trata de conflictos entre miembros de una misma familia, los cabezas de ella (abuelos o padres, de acuerdo a si es una familia extensa o cerrada) o

26 *Tan'a* es una expresión propia de la mixteca alta, en la mixteca baja dicen *Tan'i*.

27 Esta palabra se pronuncia como *tna'a* porque, la t y la n no pueden ir juntas ya que cambia la entonación.

28 Entre los zapotecos a este tipo de trabajos se le denomina *guezas*, denominación que también se usa en la región mixteca entre mestizos y personas que ya no utilizan su lengua materna como forma de comunicación. No obstante eso, entre los mixtecos que se comunican en su lengua, el vocablo no tiene ningún sentido y siguen utilizando el original *saá*.

las personas de más autoridad en su caso (hermanos, padrinos, compadres e inclusive amigos), pueden convocar a las partes, en privado o con la participación de todos los miembros, para el análisis del problema y buscarle una solución entre todos. Inclusive pueden convocar los primeros y, si no logran resolver el problema, convocar a los segundos y viceversa. Si el conflicto surge entre dos familias distintas, el mecanismo es similar, pero en este caso participan los cabezas de familia de ambas, o inclusive pueden buscar un mediador que las acerque.

El mecanismo de cómo opera este tipo de arreglo de problemas inter o intra familiares, es simple, aunque requiere de cierta pericia y una buena dosis de voluntad para obtener resultados positivos. En primer lugar, se necesita que, quien convoca, sea cabeza de familia o mediador, cuente con prestigio y respeto entre las partes. Puede incluso afirmarse que esa es, en gran parte, la seguridad de obtener buenos resultados, pues es probable que las partes atiendan a sus propuestas.

Normalmente, esta persona, o personas, platican con las partes, escuchan sus argumentos, sus razones, inclusive valoran las pruebas, y, después de ello, las aconsejan sobre la mejor forma de solucionar el problema que enfrentan y las medidas para asegurar la solución del problema. En todo caso, se trata de que haya un arreglo, una solución aceptada por las partes, aun cuando se condene a una de ellas o a ambas a determinados actos, según la culpabilidad de cada una. Por ejemplo, separar a las personas contendientes por un tiempo, reparar el daño si se cometió, retribuir patrimonialmente a la parte ofendida, sea en dinero o en especie (con animales domésticos o leña, por ejemplo).

Puede afirmarse que lo que se busca es restablecer la armonía de las partes, volver las cosas al estado que tenían antes del conflicto, porque así se mantiene el equilibrio social. Nótese que se dice el equilibrio, no la equidad, que son cosas distintas, por lo menos en lo que a este caso se refiere. Si el equilibrio de las cosas es volver al estado que guardaban antes de que surgiera el problema, es posible que las cosas fueran inequitativas. Esto tiene su razón ser: no se juzga sobre la condición de las partes sino sobre el problema entre ellas. Si las partes se arreglan, ahí termina el problema, pero si no se obtienen resultados positivos, entonces el problema puede pasar a conocimiento de las autoridades comunitarias, los *tinu ñuú*. Más para entender su actuación, es importante comprender su conformación.

5. La organización pública

La segunda escala de la organización del *ñuú savi* es la pública. De ella nos ocupamos en este apartado resaltando las formas que adquiere y su importancia dentro del orden social.

5.1 Los *tinu ñuú* y la organización social

La estructura de la organización pública –política- del *ñuú*, descansa en los *tinu ñuú*, que, literalmente, significa “trabajo del pueblo”. Los *tinu ñuú* se materializan de dos maneras.

Una de ellas es el trabajo colectivo obligatorio que los *se'e ñuú* realizan en la comunidad, cuando su asamblea, o la autoridad, los ha acordado. Este es el trabajo que muchos denominan como tequio pero los mixtecas nombran *tinu ñuú*.²⁹ La otra es el servicio que se hace para la comunidad a través de los cargos y a quienes forman parte de ellos, se les nombra *tee iso tinu ñuú siki* o *yoso tinu ñuu siki*,³⁰ hombres de cargo o *tee to'o*,³¹ hombres que se encuentran investidos de autoridad. Fuera del mundo mixteco, a estas prácticas se las conoce como “sistema de cargos”, haciendo referencia tanto a la función que desempeñan en las sociedades mixtecas, como a la forma de elección de autoridades comunitarias, sobre todo autoridades políticas y religiosas.

Participar en el sistema de cargos no es un derecho sino una obligación, por eso se llama “cargo”, porque quien lo desempeña –a semejanza de 9 Viento con el *ñuhu*–, carga con la responsabilidad de representar al pueblo y trabajar por su bienestar. De ahí que no cualquiera puede participar en él. En varias comunidades de la mixteca, para ser “carguero” se requiere primeramente ser *se'e ñuú*, hijo del pueblo. Esta condición es equivalente a la de ser ciudadano en la sociedad occidental, pero los requisitos para llegar a él son distintos: mientras que en las sociedades mestizas, para ser ciudadano, se requiere sólo tener 18 años de edad, para ser *se'e ñuú* se necesita haber cumplido con algún cargo y participar en los trabajos colectivos de carácter obligatorio para beneficio común; actividades que se condicionan mutuamente porque si para tener algún cargo se necesita participar en los trabajos comunitarios, al participar en estos se demuestra que ya se puede acceder a cargos. Lo que se vería mal es llegar a algún cargo sin participar en los trabajos comunitarios porque sería muy criticado y no tendría apoyo para realizar obras de beneficio social.

Los cargos se pueden clasificar según su mayor o menor importancia. Para ocupar los primeros no se necesita más requisito que ser parte de la comunidad. Sin embargo, para ocupar los segundos, se requiere haber pasado por los primeros y estar casado, porque al cargo lo cumple la pareja, mas no sólo quien resulta electo como autoridad. Excepcionalmente puede suceder que un hombre soltero acepte un cargo de importancia para el que la comunidad lo ha nombrado, si el padre ha fallecido, siempre que su madre o algún familiar lo acompañe.

Desde los 8 años se puede comenzar a cumplir con los cargos menores, pero si un joven se casa siendo menor de edad, con mayor razón puede comenzar ocupando los cargos de importancia porque estar casado supone mayor responsabilidad en la pareja, pero también se debe tomar en cuenta que debe ir cumpliendo cada uno de los cargos. No cuenta la edad sino el sentido de responsabilidad y el compromiso comunitario. Hay casos en que personas *te'e tohó* -persona que no pertenece a la comunidad- llegan a ser

29 Significa trabajo del pueblo.

30 Estas expresiones literalmente se traducen como persona que tiene sobre ella un cargo que le ha conferido el pueblo.

31 El vocablo *to'o*, también hace referencia a lo sagrado, por lo que, en la concepción mixteca de autoridad sigue persistiendo una relación con lo divino.

se'e ñuu si cumplen esos requisitos; mientras, también, hay otros casos en que personas que por nacimiento son parte de la comunidad y nunca llegan a serlo.

Otro requisito, aunque comienza a perderse como efecto de la migración, es que se comience por los cargos más bajos hasta llegar a los más altos; en una especie de servicio de carrera donde, al tiempo que se sirve, se aprende. Entre estos *tiñu ñuu* es común encontrar los siguientes:

| Mixteco | Equivalente en español |
|--|------------------------|
| <i>Tatun</i> ³² | Topil ³³ |
| <i>Mayu</i> ³⁴ | Policías |
| <i>Mayu ya'a nu</i> ³⁵ | Comandante de Policía |
| <i>Tatun ne'enu</i> ³⁶ | Mayor de varas |
| <i>To'o tee tute o To'o tu'uva</i> ³⁷ | Secretario |
| <i>To'o ntito xu'u</i> ³⁸ | Tesorero |
| <i>To'o sa'a nto cuechi</i> ³⁹ | Alcalde |
| <i>To'o ne'enu</i> ⁴⁰ | Agente Municipal |

Nótese que desde el topil o *tatun* hasta los *tatun ne'enu*, no tienen el calificativo de *to'o*. Esto permite reafirmar lo que hemos expresado anteriormente, que existen unos cargos de mayor importancia que otros. Los *tee iso tiñu ñuu siki* o *yoso tiñu ñuu siki*, que hemos calificado de menor rango también se pueden clasificar como autoridades ejecutoras,

32 Esta palabra se pronuncia como *tatnu*, porque en mixteco la t y la n no pueden ir juntas por su sonido parecido. Literalmente significa "el que hace los mandados". En la actualidad es más común que en lugar de *tatun* se utilice la palabra *tatu*, que originalmente significa mandar.

33 El topil es una palabra de origen náhuatl que se ha españolizado. Deriva de la palabra *topile* que literalmente significa "el que lleva el palo". El sentido histórico más acorde de esta palabra se relaciona con el cargo de alguacil o especie de justicia. En la actualidad se le nombra así a la persona que está al servicio de las autoridades, para realizar los encargos que éstas le encomiendan. Para la etimología de la palabra ver Remi, Simeón, *Diccionario de la lengua náhuatl o mexicana*, Novena edición, Siglo XXI, México, 1992, p. 20.

34 En mixteco de San Miguel Progreso.

35 Policía grande. En mixteco de San Miguel Progreso.

36 El que carga las varas de mando.

37 Autoridad que lleva los papeles, o autoridad que sabe.

38 Autoridad que cuida o guarda el dinero.

39 Autoridad que soluciona los problemas. *Té'e sa'a naa cuachi*, en la variante de San Miguel Progreso.

40 Autoridad grande, de mayor jerarquía.

mientras que las de mayor importancia como autoridades decisorias. La denominación de *to'o* significa que es un cargo importante y que requiere de mucha responsabilidad, porque ellos toman decisiones y resuelven controversias a diferencia de los otros que no están facultados para ello, que sólo ejecutan las resoluciones tomadas por estos. No obstante existen casos en que la autoridad en su conjunto -decisorias y ejecutoras- se convierte sólo en ejecutoras. Esto sucede cuando tienen que ejecutar las resoluciones tomadas por la asamblea general y eso no les resta autoridad ni dejan de serlo.

Los anteriores son cargos civiles y políticos, de representación dentro y fuera de la comunidad. Pero también existen cargos religiosos que varían de acuerdo con la subregión de la que se hable. Entre los mixtecos de la región baja, existen los mayordomos primero y segundo, así como personas que los acompañan, que se llaman diputados y, entre todos, integran las cofradías; institución de herencia colonial de los cuales los pueblos se han apropiado. Estos son cargos religiosos cuyas prácticas no quedan dentro de la iglesia, sino se extienden hasta actividades profanas. Las cofradías son las encargadas de cuidar los santos por todo un año, pero también de realizar las fiestas comunitarias, que ya se alejan de lo religioso y, a veces, por esta razón hasta los enfrentan con los sacerdotes.

También se encuentra el cargo de sacristán, aunque éste se reduce a actividades de apoyo al sacerdote y es permanente, lo que exime a quien lo realiza de cumplir otro tipo de cargos. En la mixteca alta se pueden encontrar también mayordomías similares a las de la mixteca baja, pero más pequeñas, y, por lo mismo, las fiestas de los santos resultan menos vistosas. Existe también el cargo de fiscal, encargado de cuidar la iglesia, función que desempeñan quienes ya cumplieron sus cargos civiles. Fuera de esto, los cargos civiles y religiosos se independizan cada día más y se pueden desempeñar los cargos religiosos sin haber ejercido los civiles y viceversa.

A los anteriores cargos, muchos de ellos estructurados desde la época colonial, se unen otros. Por ejemplo el de Comisariado de Bienes Comunales o Ejidales, que se ha incorporado al sistema de cargos, por la importancia de la tierra en la vida comunitaria. Igual sucede con los servicios que la propia comunidad va generando y son administrados por ella, como el del agua potable, drenaje, los Comités de Escuela y los Comités de fiestas cívicas y sociales, entre otras, las fiestas patrias o la organización de actividades recreativas en determinadas fechas, como las danzas en las fiestas patronales, o la organización de jaropeos en los días de todos santos. La inclusión de este tipo de cargos a su propia organización muestra la flexibilidad de los sistemas normativos indígenas, cualidad que les permite adaptarse a una realidad que se transforma vertiginosamente.

Todas estas actividades -cargos, trabajo colectivo y goce- dan sentido al *ñuu* generando la *comunalidad*⁴¹, concepto que encierra un sentido más profundo que el de *comunidad*, pues indica que se trata no sólo de algo común, que puede darse por la suma de individuos,

41 El autor utiliza esta palabra dándole un sentido propio.

como sería el caso de las asociaciones, las sociedades civiles, los ejidos, o las cooperativas, donde las personas se asocian voluntariamente para un fin común y una vez logrado pueden desaparecer. La *comunalidad*, en cambio, va más allá de eso. Se trata de un cuerpo de personas que comparten una cultura y un destino común, que, si bien es voluntario, porque quien lo deseé se puede retirar, la mayoría acepta ser parte de la comunidad porque así mantienen el *ñuú*, que a la vez le da sentido a su existencia individual.

5.2. Los Tinu ñuú y el orden social

La mayoría de los estudios sobre lo que por mucho tiempo se denominó de manera indistinta usos y costumbres, o Derecho consuetudinario, y ahora comienza a denominarse sistemas normativos, o más propiamente, Derecho Indígena, los reducen a la administración de justicia por autoridades indígenas; es decir sólo a esta parte que ahora analizamos. Quienes así actúan cometen el mismo error de aquellos juristas que solo ven el Derecho en el conflicto, ignorando que se encuentra presente en la mayoría de los actos de nuestra vida, aunque en algunos casos no exista conflicto y por eso no se le vea. Que los estudiosos privilegien esta parte para sus análisis tiene su razón de ser, pues en ella se presentan los conflictos relevantes de las comunidades indígenas, las que ponen a prueba sus instituciones, así como las normas y principios que las sustentan.

La mayoría de los procesos comienzan cuando un ciudadano pide la intervención de "la justicia" para arreglar un problema. La justicia, es una forma de expresión con que se denomina a los miembros de la autoridad, confundiendo su actuación con ellos mismos. Si se trata de un asunto relevante para la comunidad, es muy probable que "la justicia", por petición de algún miembro de la comunidad, o por acuerdo de sus miembros, decida intervenir sin que las partes afectadas le pidan formalmente su intervención. No se trata de nada fuera de lo común, pues la justicia penal dominante hace lo mismo, denominándola intervención a petición de parte, de oficio o por denuncia pública. Si alguien pidió su intervención, se le escucha y, si el caso lo amerita, después de hacerlo ordena a los policías traer a la persona demandada, citándola en el lugar en que se acostumbra tratar ese tipo de cuestiones, para que acuda ese mismo día, o en una fecha, o para una muy cercana si tiene demasiados asuntos, cosa que casi nunca sucede. Si se trata de un hecho grave, donde ha habido violencia, o ha corrido sangre, se puede ordenar detener al acusado en la cárcel de la comunidad, hasta que se imparta justicia.

Llegada la hora y día para impartir justicia, si alguna de las partes no se encuentra presente, se la vuelve a citar. Es costumbre que las partes que participan del problema ofrezcan a "la justicia" bebidas -refrescos o cervezas- para compartir durante el proceso, lo que remarca la naturaleza conciliatoria de él. Cuando se encuentran presentes las dos partes, exponen el problema en presencia de "la justicia" representada por el *To'o sa'a nto cuechi* que, como ya dijimos, en español, se llama Alcalde. En algunos casos se cuenta con la presencia de los demás miembros de la autoridad, sobretodo cuando se trata de asuntos graves, ocasiones en los que analizan y resuelven conjuntamente el problema.

Los miembros de la justicia pueden intervenir en la deliberación cuando lo consideran necesario, para ir aclarando puntos oscuros, para lo cual pueden interrogar libremente a las partes. Si con la deliberación no se aclarara el problema, y se hiciera necesaria la presencia de testigos, o de otros elementos materiales, se cuenta con la presencia de ellos. El asunto puede ser arreglado en una sesión si las partes cooperan y llegan a un acuerdo; pero si no lo hacen, puede suspender y citar para otra ocasión, pudiendo realizarse tantas sesiones como sean necesarias.

Logrado un arreglo conciliatorio, en presencia de las partes, el Alcalde y sus compañeros podrán emitir su resolución, que puede ser de varios tipos: una reconciliación de las partes, reparación del daño, multas o encarcelamiento, o una combinación de ambas, dependiendo de la naturaleza del problema tratado. Cuando se resuelve imponer encarcelamiento, este no va más allá de tres días. Regularmente esta pena se impone a los ríos o reincidentes, o cuando se tiene evidencia de que una parte es culpable y no lo acepta. Se trata de un medio para alcanzar otros fines y no de un castigo final.

Las resoluciones casi siempre incluyen la reconciliación de las partes. Si esto no sucediera, el asunto expuesto se considera no resuelto, y las partes pueden acudir a las instancias formales de impartición de justicia del Estado, sea ante el Agente del Ministerio Público o ante el Juez de primera instancia del municipio. También puede suceder que las mismas autoridades del pueblo consideren que el problema rebasa sus facultades cuando llega a su conocimiento y el Alcalde, y sus compañeros, libremente decidan remitirlo a las autoridades judiciales del Estado mexicano.

Una vez que han dictado resolución, ya no vuelven a reabrir el asunto, y si existe inconformidad de alguno de los involucrados, prefieren enviar el asunto con las autoridades judiciales. En un principio esto parecería una doble instancia de resolución, pero más que eso, lo hacen así como un castigo, pues saben que atender un juicio ante este tipo de autoridades cuesta dinero y tiempo y el inconforme tendrá que abandonar sus actividades cotidianas para defenderse, lo que le hará caer en desgracia económica.

Una cuestión más es que ante las autoridades del pueblo se resuelven de conformidad con todas las partes involucradas y no, necesariamente, dando la razón a una de ellas. El mismo documento que se levanta para constancia se denomina "acta de conformidad". Cosa distinta sucede ante las autoridades judiciales en donde no podrá haber conciliación y una u otra parte tendrá que salir perdiendo. Hay casos que afectan fuertemente a la comunidad cuya resolución puede tener repercusiones para la vida de ella y su futuro, por lo que los miembros de la justicia deciden pasarlo a conocimiento de la asamblea general.

5.3 La Asamblea General

La asamblea general se compone de todos los habitantes de la comunidad. En ellas pueden participar hombres y mujeres indistintamente, aunque es costumbre que las

mujeres solteras participen sólo excepcionalmente, y las casadas cuando no se encuentran sus esposos; supuesto que cada día es más generalizado por la migración de los hombres hacia otros lugares del país o al extranjero, a buscar mejores condiciones de trabajo.

Aunque no existe prohibición a ningún miembro de la comunidad para participar en las asambleas, existen algunas personas que, si no tienen el carácter de *se'e ñuuú*, y participan activamente en ellas, se verá bastante mal, aunque nadie se los prohíba. Aquellas personas que si lo son podrían verlos como oportunistas, habladores o irresponsables, y seguramente intentarán nombrarlos en algún cargo para que vayan adquiriendo responsabilidad por sus palabras.

Existen varios tipos de asambleas. Algunas, que podríamos denominar ordinarias, se realizan en lugares y fechas previstas, como son aquéllas donde se eligen a las autoridades que tomarán el cargo el próximo año, o las que se realizan para que las autoridades electas tomen el cargo. Este tipo de asambleas no pueden suspenderse, ni cambiarse su fecha, porque ya es costumbre que se realicen y está determinado el fin que tienen.

Existe, sin embargo, otro tipo de asambleas que no están previstas, y que se realizan cuando la autoridad en funciones decide convocarlas para tratar temas específicos. A diferencia de las anteriores, éstas no tienen fecha determinada para su realización y depende de la autoridad convocarlas o no. A este tipo de asambleas corresponden aquéllas en los cuales se resuelven conflictos que atañen a la comunidad.

5.4 La Asamblea General y el orden social

La asamblea general interviene en la resolución de conflictos de las comunidades cuando sus autoridades deciden que el problema es muy difícil, y afecta de tal manera la vida y el futuro social, que prefieren no cargar ellos solos con la responsabilidad de la resolución que se tome; es como si la autoridad le devolviera a la asamblea el poder que le confiere. Se trata de asuntos que se le presentaron a la autoridad, y ésta no resolvió ni envió a las autoridades estatales, sino decidió reservarlos para conocimiento de la asamblea general como última instancia de resolución de conflictos. Por eso son muy pocos casos los que llegan a discutirse en asamblea general.

El proceso prácticamente comienza cuando las autoridades convocan a los ciudadanos a la asamblea general, informándoles del asunto a tratar. Cuando los ciudadanos se enteran del problema deciden si participarán o no, de acuerdo con la importancia que se dé al asunto; mientras más importante sea, más concurrencia habrá a la asamblea.

Al iniciarse la asamblea, puede suceder que los ciudadanos decidan que el asunto no ameritaba convocarlos, reprendan a las autoridades por haberlos convocado, y les exijan que sean ellas quienes resuelvan. En estos casos, que son pocos pero se dan, las autoridades tendrán que resolver el problema y asumir la responsabilidad de su decisión.

Por el contrario, si la asamblea decide tratar el asunto y buscarle una solución de manera colectiva, el problema se abre a discusión.

Comienza con alguna exposición que de manera respetuosa haga algún miembro de "la justicia" sobre el problema, normalmente lo hace el Alcalde Municipal, que es a quien se encomienda la solución de los problemas. Inmediatamente después él mismo, o alguna otra persona que sea miembro de la autoridad, pide a los presentes que opinen sobre la forma de resolver el problema.

Comienza la deliberación. Puede ser que los presentes opinen "ordenadamente", es decir, de uno por uno, pero puede darse el caso que opinen "atropelladamente", o que comenten el asunto en grupos pequeños, y por varios minutos sólo se escuche el murmullo de las voces. Después de un buen rato de deliberaciones en voz alta, o en los pequeños grupos, se alzará una voz para hacer conocer el acuerdo. Ésta, que desde la forma de razonamiento occidental puede parecer una forma irracional de actuar, es la manera en que los mixtecos -y algunos otros pueblos indígenas- tienen para alcanzar sus consensos. Tomada la decisión, "la justicia" asume el papel de ejecutora, y tendrá que acatar lo que la asamblea acuerde. De esa manera, la misma asamblea le devuelve el poder de actuar.

5.5 Los *Cha'a canu*⁴²

En casi todas las comunidades mixtecas existe un grupo de personas a las que comúnmente se conoce como consejo de ancianos o ciudadanos caracterizados. Se trata de los *Cha'a canu*, literalmente hombre grande, aunque en realidad la expresión hace referencia a hombres con mucho conocimiento sobre la comunidad y por lo mismo, respetado por ella. Para llegar a ser un *Cha'a canu*, además de inteligente y sabio, se necesita haber cumplido con todos los cargos del pueblo.

Los *Cha'a canu*, no intervienen de manera directa en la solución de conflictos porque ya lo hicieron cuando formaron parte de los *tinu ñuuú*. Pero no por eso dejan de tener influencia en la solución de ellos. Tanto en el nivel de los *tan'a* como de los *tinu ñuuú*, se les busca como mediadores para que acerquen a las partes en conflicto, cuando son renuentes para hacerlo, como consejeros sobre la mejor forma de tratar y solucionar un conflicto, o como apoyo en las decisiones que se tomen.

6. Los principios del derecho *ñuuú savi*

Ahora bien, todas estas funciones, tanto dentro del *tan'a* como de los *tinu ñuuú*, obedecen a la idea de organización y orden que a través del tiempo se ha ido construyendo entre el

42 Esta es una expresión de la mixteca baja, en la alta el *Cha'a*, es *Te'e*. Igualmente distinguen entre *canu* y *ya'a un*, donde la primera expresión significa grande pero de cuerpo y por extensión gordo, mientras la segunda es grande de corazón, pensamiento y conocimiento.

ñuu savi, que aquí denominamos como principios del Derecho ñuu savi. Tomamos esta denominación teniendo presente lo que piensan los juristas cuando se refieren a la Filosofía del Derecho. Para hacerlo se atendieron las palabras de Norberto Bobbio, quien afirma que

[...] todo ordenamiento jurídico persigue fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos consciente, más o menos adecuadamente, dirige su propia obra. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspira ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado. El problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre el mundo ideal y el mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: una norma justa es lo que debe ser; una norma injusta es lo que debería ser. Plantear el problema de la justicia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del derecho.⁴³

Con base en lo anterior, es posible sostener que lo que aquí denominamos principios filosóficos del Derecho ñuu savi, constituyen valores objetivamente evidentes que se reflejan en normas sociales que son aceptadas por la mayoría de sus habitantes, porque las usan en su vida diaria y cuando surgen conflictos acuden a ellas para resolverlos. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero afirman que las expresiones principios jurídicos o principios generales del derecho se usan con diferentes sentidos y enuncian seis de ellas que les parecen las más significativas.

Principio, en el sentido de una norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Principio, en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos. Principio, en el sentido de una norma programática o directriz, esto es, una norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Principio, en el sentido de una norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etcétera. Principio en el sentido de una norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etcétera. Principio en el sentido de *regula juris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del orden jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo.⁴⁴

Los mismos autores dividen a estos principios en principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Veamos ahora cada uno de los principios y la forma

43 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Segunda reimpresión, Debate, Madrid, 1993, pp. 33.34.

44 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, pp. 3-4.

en que se manifiestan en la vida social de los ñuu savi. Es necesario aclarar que los principios que a continuación revisaremos han sido, de cierta forma, ya revisados en páginas anteriores ya que se refieren a temas similares. Es pertinente esta aclaración para que el lector sepa distinguir los factores comunes.

6.1 Primer principio: Ndoo (Nosotros)

Uno de estos principios es el fin colectivo de la vida social, que se expresa como Ndoo. Se trata de “una expresión con un sonido insistente, repetitivo y, hasta para quien lo oyere por primera vez le parezca, rima”. La expresión Ndoo, que se agrega siempre que se pretende decir nosotros, es una desinencia peculiar del *Tu'un savi*, con la cual terminan las oraciones. Se trata de una voz enfática porque realza una situación concreta, término *recordativo*, porque insiste en tener siempre presente, y *representativo*, porque es lo perteneciente (bajo determinado contexto) de un grupo o de una comunidad.⁴⁵

El Ndoo se usa de manera común cuando se refiere a dos o más personas, es decir, en acciones con sentido colectivo, pero su uso más común es en el *sa'an vili* donde se trata de poner orden en algún acto social, sea de trabajo (tequio), social (pedida de novia, entrega de niños bautizados por los padrinos) o ritual (fiestas patronales, peticiones de lluvia). Es una práctica bastante antigua, que se manifiesta en los códices antiguos, lo mismo que estudios recientes. A manera de ejemplo, se puede recordar lo que el historiador italiano Marcelo Carmagnani escribió sobre lo colectivo manifestado en el Ndoo:

La comunidad es un cuerpo único que debe y puede cuidar de todos sus miembros y, por tanto, el “común”, como se lee en los documentos, no es un colectivo indiferenciado en el cual los intereses de los miembros no cuentan y no es tampoco un conjunto de individuos que no reconocen lo que tienen en común.⁴⁶

6.2 Segundo principio: Na kundeku tnaae⁴⁷ (Convivencia)

Un segundo principio, muy ligado con el anterior es el de *Na kundeku tnaae*, expresión que significa hospitalidad, hermanamiento. Se parte de la idea de que todos somos hijos de la tierra, nuestra madre de ahí que nada nos es propio, puesto que estamos de paso por la vida y, finalmente, volveremos al seno de ella. A partir de esa idea se deriva que lo menos que se puede hacer es compartir lo que se tiene *prestado* o lo que se tiene *siendo de todos*. Porque somos *da'a ñuu* (parte de un todo) bastante ocasional; cada quien posee su particularidad, pero formamos parte de un todo y por tanto hay un hermanamiento que

45 Ortiz Castro, Ignacio, *Acercamiento a la filosofía y la ética del mundo mixteco*, Colección diálogos. Pueblos originarios de Oaxaca, México, 2007, p. 57.

46 Carmagnani, Marcelo, *El regreso de los dioses. El proceso de reconstitución de la identidad étnica en Oaxaca*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 15

47 Convivamos un rato. Una variante de él sería: *na kunchuku gin ñanij vahan*, de acuerdo con el mixteco de Santiago Yosondúa.

vincula y se refrenda a partir del *na kundeku*: de hermano a hermano, de familia a familia, de pueblo a pueblo.⁴⁸

Na kundeku tnaae' (convivamos un rato) es símbolo de aceptación pero también es una invitación a que el otro se muestre como es, oportunidad de que sea el mismo y lo demuestre. De esa manera el conocimiento será mutuo y después de él, no antes, podrá haber justificación para la aceptación o el rechazo, conviviendo un rato, mostrando el pensamiento, el sentimiento y la acción. Solo después puede haber juicio razonado, positivo o negativo, antes solo es oportunidad de mostrarse. El rechazo o la aceptación se dará de acuerdo con el respeto mutuo; mas es necesario mostrarse mutuamente, sobremanera quien abre las puertas, porque quien abre sus puertas devela su forma de estar en el mundo, su sincerarse es primero, luego toca al otro sincerarse.⁴⁹ Sobre esto el maestro mixteco Juan Julián Caballero expresa:

De entrada ofrecen su 'corazón' y todo lo que tienen a su alcance a quien o quienes lleguen a visitar; y en correspondencia esperan de los visitantes una actitud de amabilidad y de humildad. Una actitud contraria obliga a los lugareños a adoptar una actitud de rechazo hacia los visitantes, porque lo que más buscan los pueblos es una relación de armonía y de convivencia con gente que necesariamente comparta lo que ofrecen [...]⁵⁰

Na kundeku tnaae' fortalece las relaciones humanas porque permite acercamiento, refrenda lazos humanos que fortalecen la comunidad y permite al otro ser desarrollarse, es un proceso recíproco de ida y vuelta, donde ganan los individuos pero también la comunidad. Permite ser hospitalario y entender al otro en sus necesidades y aspiraciones. Hospitalidad conlleva solidaridad, la fundamenta, porque entiende que todos necesitamos de todos y nadie es autosuficiente por si mismo.⁵¹

6.3 Tercer principio: *Na chindee tna'ae'* (solidaridad)

Un tercer principio es el de apoyarse mutuamente y se expresa como *Na chindee tna'ae'*. *Na chindee*: apoyar; *tna'ae'*: reciproco; *e*: nosotros= apoyémonos, ayudémonos los unos a los otros. De ahí nace la solidaridad, que es un principio de organización social de los *ñuu savi*, no solo entre *da'a ñuu* (las partes de un todo) sino más allá de ellos, como fraternidad comunal y universal. *Na chindee tna'ae'* refuerza los lazos afectivos con los que se encuentran cerca y con los que se ubican fuera: de individuo a individuo, de pueblo a pueblo, de nación a nación. En el fondo se trata de superación individual y no de

48 Ortiz Castro, Op. Cit, pp. 62

49 Op. cit., pp. 63.

50 Caballero, Juan Julián, "La educación familiar y comunitaria en la Mixteca oriental", en: *Educación y cultura. Formación comunitaria en Tlazoyaltepec y Huitepec, Oaxaca, Ciesas-Publicaciones de la Casa Chata, Primera reimpresión, 2005* p. 81.

51 Ortiz Castro, Op. Cit, pp. 65.

competitividad individual: el individuo concreto lucha por superarse pero no debe hacerlo compitiendo con otros individuos de la comunidad.⁵²

Presupone colaboración, no competencia; se es individuo de la comunidad, no opuesto a ella. Se es individuo porque se pertenece a la comunidad, no se es fuera de ella, pero la comunidad es tal porque nosotros formamos parte de ella. Ciertamente, se lucha para mejorar la situación individual pero con la comunidad, no fuera de ella y, menos aún, contra ella. De ahí el concepto de *see ñuu*: hijo de la comunidad, que otorga y reconoce la comunidad solo por participar en ella.

6.4 Cuarto principio: *Da'an ó Sa'a* (ayuda)

El cuarto principio es la ayuda recíproca entre familiares y no familiares. Tiene como objetivo prestar ayuda material o moral a alguien cuando la necesita, asumiendo como propio el problema por el que está pasando el otro. De esa manera se refuerza la cohesión comunal y el pueblo sigue existiendo como pueblo.

Hay que insistir que se trata de ayuda recíproca. Quien la recibe asume un compromiso moral de devolverla. No hacerlo es una conducta que la gente ve muy mal y la reprocha porque rompe con los lazos de solidaridad comunal. Tan importante es, que se acostumbra anotar en un cuaderno lo que se recibió y en qué cantidad para devolverla cuando la necesite quien la ofreció desinteresadamente.

En el *tan'a* es donde se dan los primeros lazos organizativos, especialmente para la producción a través del *sa'a*,⁵³ trabajo que se realiza en común entre los miembros del *tan'a*, para beneficio de sus miembros; donde la persona beneficiada queda obligada a retribuir el trabajo recibido de manera gratuita. Así, quienes necesitan mano de obra para realizar actividades que sólo beneficiarán a su familia, pueden obtenerla sin pagar un salario por ella, pero se comprometen a reponer el trabajo gratuito cuando quien lo prestó lo requiera. De esta manera el *tan'a* cubre los huecos que quedarían, y las actividades que no se realizarían, si todas estuvieran sujetas a las relaciones mercantiles, al grado que, sin ella, muchos trabajos colectivos, o particulares, no se podrían realizar.

Además de eso, el *tan'a* permite ir construyendo una red de afinidades, que después se muestra en la vida organizacional política y social de la comunidad. En muchos casos el *tan'a* funciona como célula de *ñuu*. A partir de ahí se va analizando de manera informal quién puede ser autoridad y qué trabajos se realizarán. Si la autoridad decide no hacer

52 Ortiz Castro, Op. Cit., pp. 64-65.

53 * Entre los zapotecos a este tipo de trabajos se le denomina *guezas*, denominación que también se usa en la región mixteca entre mestizos y personas que ya no utilizan su lengua materna como forma de comunicación. No obstante eso, entre los mixtecos que se comunican en su lengua, el vocablo no tiene ningún sentido y siguen utilizando el original *sa'a*.

esos trabajos los miembros del *tan'a* no participarán en los tequios o en las asambleas para legitimar otras decisiones; lo que malograría el trabajo.

6.5 Quinto principio: *Tinu ñuu*: (Trabajo del pueblo)

Participar en el sistema de cargos no es un derecho sino una obligación, por eso se llama "cargo", porque quien lo desempeña –a semejanza de 9 Viento con el *ñuhu*–, carga con la responsabilidad de representar al pueblo y trabajar por su bienestar. De ahí que no cualquiera puede participar en él. En varias comunidades de la mixteca, para ser "carguero" se requiere primeramente ser *se'e ñuu*, hijo del pueblo. Esta condición es equivalente a la de ser ciudadano en la sociedad occidental, pero los requisitos para llegar a él son distintos: mientras que en las sociedades mestizas, para ser ciudadano, se requiere sólo tener 18 años de edad, para ser *se'e ñuu* se necesita haber cumplido con algún cargo y participar en los trabajos colectivos de carácter obligatorio para beneficio común.

Los cargos se pueden clasificar según su mayor o menor importancia. Para ocupar los primeros no se requiere más requisito que ser parte de la comunidad. Sin embargo, para ocupar los segundos, se necesita haber pasado por los primeros y estar casado, porque al cargo lo cumple la pareja, no sólo quien resulta electo como autoridad. Excepcionalmente puede suceder que un hombre soltero acepte un cargo de importancia para el que la comunidad lo ha nombrado, si el padre ha fallecido, siempre que su madre lo acompañe.

Desde los ocho años se puede comenzar a cumplir con los cargos menores, pero si un joven se casa siendo menor de edad, con mayor razón puede comenzar ocupando los cargos de importancia porque estar casado supone mayor responsabilidad en la pareja, pero también se debe tomar en cuenta que debe ir cumpliendo cada uno de los cargos, no necesariamente ocupar el de secretario por citar un ejemplo.

No cuenta la edad sino el sentido de responsabilidad y el compromiso comunitario. Hay casos en que personas *te'e tohó* -persona que no pertenece a la comunidad-llegan a ser *se'e ñuu* si cumplen esos requisitos, mientras también hay otros casos en que personas que por nacimiento son parte de la comunidad, nunca llegan a serlo.

Otro requisito, aunque comienza a perderse como efecto de la migración, es que se comience por los cargos más bajos, hasta llegar a los más altos, en una especie de servicio de carrera, donde, al tiempo que se sirve, se aprende.

6.6 Sexto principio: *Viko ñuu*. (Fiesta del pueblo)

La fiesta es gozo comunal y como tal, son de vital importancia para la vida y la organización de las comunidades indígenas. Contra la falsa idea de que las fiestas solo contribuyen al empobrecimiento de las comunidades por las grandes cantidades de dinero que se derrochan en ellas, cualquiera que haya participado en su realización puede dar testimonio

de su importancia social, no sólo para la estabilidad política de la comunidad sino de la misma región. Es el momento en que la gente convive y resuelve sus problemas, por el ambiente místico que se vive, es el momento del perdón. De igual manera genera una red de apoyos que afianzan la organización social, ahí es donde se muestra el *tan'a*. Los pueblos conviven y fortalecen sus lazos de unidad.

7. El *ka'a ví*⁵⁴ como ordenador de la vida

Los principios anteriores permiten que entre el *ñuu savi* no reine el caos, el desorden o la oscuridad. Para evitar esa situación, junto con los principios, los *ñuu savi* crearon el *ka'a ví*, como los griegos el *logos* o los judeo cristianos el *verbo*, con los mismos propósitos. El *ka'a ví* es una acción con que los *ñuu savi* construyen el orden y alcanzan la luz que les permite andar por el mundo sin extraviarse. *Ka'a ví* es la palabra, que es una forma también de acercarnos a las normas jurídicas, como varios siglos después que los *ñuu savi* afirmarían los desarrolladores de la filosofía jurídica analítica. Pero no cualquier palabra, solo la palabra bella, bonita, el hablar adornado, apropiada para cada ocasión importante. Del *Sa' an vili*, Ignacio Ortiz Castro, un filósofo mixteco, afirma:

Cuando nos acercamos al mundo mixteco, en el principio es el *sa'an villo* la palabra, y se encuentra que con esta se aprehende y se aprende el mundo y la existencia y, a la vez, es medio por el cual se comunica(n) los entes. *Sa'an* es hablar; *villo* proviene de florido, refinado, inspirado, estético [...] luego entonces *sa'an viles* hablar bien, es decir bien las cosas o hablar correctamente. Es discurso adecuado. Adecuado al contexto, el cual puede ser político, religiosos, social, etc. Se trata del discurso ordenado y organizado y su función es comunicar bien; además de reflexión, lleva en si aplicación pues revela: consejo, orientación, bienvenida, agradecimiento, ritual [...], según de que acontecimiento se trate. Es el instrumento relacionador del mundo y, por lo mismo, encuentra la relación necesaria de las cosas entre sí y de estas con el hombre. Mundo y hombre están relacionados intrínsecamente en el *sa'an vili*.⁵⁵

Suele suceder pero no debe confundirse el *ka'a vi* con el *ka'an va'a*, que significa hablar bien. Porque no se trata de eso, sino de hablar con palabras hermosas, de manera elegante, aunque lo último no excluye lo primero, pero no se confunden. La diferencia no es sólo la percepción de lo que se dice sino de quien lo dice.

Los *ñuu savi* no sólo crearon la forma de enunciación sino también quién lo hiciera. Cualquier persona puede hablar correctamente, es decir, expresar lo que es bueno para ellas y para el pueblo, pero hablar bien y de manera hermosa sólo pueden hacerlo pocas. A estas personas en *tu'un savi*⁵⁶ se les nombra como *taa nisa'un* o *teé yaa nu'u*⁵⁷,

54 En algunas variantes, como la parte de Huajuapan, expresan *sa'an vili*. En ambos casos significa hablar bonito, elegante.

55 Ortiz Castro, Op. Cit., pp. 42-43.

56 **Tu'un savi*, es lengua mixteca, aunque otra forma de decirlo es *sau sau*.

57 **Taa nisa'un* o *Teé yaa nu'u*. En ambos casos significaría "el que sabe más".

hombres grandes porque han cumplido con todas sus obligaciones con el pueblo y por lo mismo conocen sus costumbres y tradiciones, razón por la cual pueden dar consejos a las nuevas autoridades y al pueblo en general, lo mismo que representar a las familias o en actos solemnes del pueblo. En español se les denomina parangoneros porque a su expresión se le denomina parangón, ya que no tiene paralelo.

De estos personajes dice el filósofo Ignacio Ortiz:

Taa nisa'un [...] significa señor de respeto y grande, tanto por su experiencia como por su conocimiento y sabiduría; grande por su virtud fincada en el saber. No cualquiera lo es ni la comunidad misma lo acepta si no cumple con ciertas exigencias o requisitos para ser considerado como tal, pues va en relación directa con la personalidad en cuanto a conocimientos, experiencia y servicio para la comunidad.⁵⁸

En ese mismo sentido, Ubaldo García López afirma:

La grandeza o reconocimiento que se da a estas personas, va en razón directa a la *sabiduría* que poseen, al gran conocimiento que han acumulado por el tiempo vivido, al cúmulo de conocimientos que guardan en su ser por la experiencia que les ha dado la vida, esa gama de aprendizajes obtenidos por los servicios prestados al pueblo, unidos a las enseñanzas de sus padres y abuelos que son los portadores de la herencia de sus antepasados, historia oral que se viene heredando de generación en generación.⁵⁹

Por esas razones, Ignacio Ortiz Castro concluye:

Para el mundo occidental, sabio es aquel que tiene experiencia y conocimiento; mas para el mundo mixteco, sabio sería aquel que además ha servido a su comunidad de manera eficiente y honesta, reafirmando así su sentido de communalidad que fundamenta su cosmovisión. Precisamente por esto, la base del pensamiento y la acción es fundamentalmente lo que se llama "comunalidad", es decir, todo lo que se relaciona con la vida comunal, el trabajo comunal, el poder comunal, la fiesta comunal.⁶⁰

El *ka'a vi*, la manera elegante de hablar y los *taa nisa'un* o *teé yaa nu'u*, portadores de la palabra bella, tienen un papel de suma importancia para la conservación y transmisión de la filosofía *ñuu savi* en general y la del de las normas que rigen la vida social en particular, lo que podríamos denominar el Derecho mixteco. Ellos tienen un papel relevante en el *ta'na* para invitar a los trabajos -sa'a- o las fiestas, bautizos, pedida de novias, casamientos, muerte. Ellos se dirigen a los invitados y expresan en *tu'un savi* a través del *ka'a vi* la palabra, o nombre de los anfitriones. Pero lo mismo sucede en asambleas, o fiestas públicas o

58 Ortiz Castro, Op. Cit., p. 51.

59 García López, Ubaldo, *El uso cotidiano y ceremonial del mixteco en Apoala*, pp. 92-93.

60 Ortiz Castro, Op. Cit., p. 52.

relaciones con pueblos vecinos. A través de ellos los pueblos se entienden y son importantes como conciliadores. Por eso son hombres sabios, porque a través de su voz habla el pueblo.

8. Las prácticas culturales y las normas jurídicas indígenas

Las normas en general, de acuerdo con la filosofía analítica, "son *significados de expresiones lingüísticas* usadas para prescribir, es decir, para calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas", y las normas jurídicas, "son aquéllas cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada",⁶¹ aclarando que "cuando se habla de sanción institucionalizada, se entienden las tres siguientes cosas, aunque no siempre se encuentren en conjunto al mismo tiempo: 1) para toda violación de una regla primaria se ha establecido su sanción relativa; 2) se establece, si bien dentro de ciertos términos, la medida de la sanción; 3) se establecen las personas encargadas de cumplir la ejecución"⁶².

De lo expuesto, se puede concluir que si el *ñuu savi* existe como tal, si se mantienen los ritos sobre la tierra, si sus comunidades son poseedoras de sistemas de cargos, si existen autoridades para resolver los problemas, si los ciudadanos cumplen voluntaria u obligatoriamente con el sistema de cargos y los trabajos comunitarios, etcétera, es porque cuenta con un conjunto de normas a los que ajustan su conducta, y que ése puede ser el llamado Derecho *ñuu savi*.

Si se analiza con cuidado los hechos expuestos sobre el *ñuu savi*, se encontrará que, tanto el nombre del pueblo, como el de la tierra y, si se sigue buscando, el del fuego, *ñuhú*, tienen un rasgo en común: tienden un puente entre el pueblo y naturaleza, y de ella con lo sagrado: el *ñuu* es el pueblo, el *ñuhu* -tierra- y el *ñuhú* -fuego- son naturaleza, y el *ñuhu* representa lo sagrado. Puede decirse, a partir de esto, que el centro que estructura las normas, es decir, la filosofía que permea los comportamientos colectivos, es el *ñuhú*, la idea de lo sagrado.

La idea se robustece si uno se pregunta, o le pregunta a los mixtecos, el porqué de sus conductas: por qué realiza los ritos con los que territorializa (se posee la tierra de una manera singular), por qué participa en los cargos a pesar de que resultan muy onerosos, por qué cumple con los trabajos colectivos, por qué asiste a las fiestas comunitarias a compartir con los demás; la mayor parte de la gente expresa que por la grandeza y el honor del pueblo: *nava ku ka'anu +n ñuu* (para engrandecer al pueblo), dicen en varias partes de la mixteca alta. Y el pueblo, como ya dijimos, es la gente, pero también el espacio que habita: es el *ñuu* y el *ñuhu* al mismo tiempo.

61 Alchourrón, Carlos E., y Eugenio, Bulygin, "Norma Jurídica", en Garzón Valdés Ernesto, y Laporta Francisco, *El Derecho y la Justicia*, Encyclopedie Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid 1996, p. 134

62 Bobbio, Norberto, Op. Cit., pp.33.34.

De ser cierto lo anterior estaríamos arribando a una conclusión central: el fundamento filosófico final de los sistemas normativos *ñuu savi* son los mitos, una cuestión que a los juristas estatalistas puede ponerle los pelos de punta, lo mismo que a algunos racionalistas. Pero a ellos se les puede contestar con otra pregunta ¿la norma fundante de la Teoría Positivista del Derecho no es un mito? ¿A qué se refiere Carlos Santiago Nino, un jurista incapaz de aceptar la existencia del Derecho Indígena, quien, como hemos expuesto, afirma que “un sistema jurídico es válido cuando presuponemos una norma básica que prescribe qué debe ser lo que sus normas establecen”?⁶³ ¿Qué es esto si no un mito? Debemos aceptar entonces que en la actualidad el mito tiene en nuestras vidas un papel más importante del que a veces creemos⁶⁴.

Lo que no es un mito, es que, si nos atenemos a las afirmaciones de Hans Kelsen de que “un orden jurídico es considerado válido cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces es decir, son tácticamente acatadas y aplicadas”, hablando de las normas que regulan las conductas sociales de los *ñuu savi* descritas anteriormente, estamos de hecho ante un sistema normativo aunque desconozcamos cuáles son las normas que lo integran. El hecho de que la mayoría de los ciudadanos desconozca las leyes no autoriza a decir que el Derecho no existe, y, cuando se necesita conocerlo, se acude a los especialistas en la materia. Eso es lo que tenemos que hacer con el Derecho Indígena. No hay razón alguna, entonces, para negar que los pueblos indígenas posean sus propios sistemas normativos.

En resumen, de lo expuesto podemos encontrar normas, principios, instituciones y procedimientos con los que los *ñuu savi* resuelven sus problemas sociales. Y tras de ellos los principios filosóficos que los sustentan. Éstos, sin ningún problema, la teoría jurídica puede aceptar que es Derecho, en este caso Derecho Indígena. Derecho *ñuu savi*, en este caso.

9. Bibliografía

- Acevedo Conde, Luisa María, “Los Mixtecos”, en *Etnografía Contemporánea de los Pueblos Indígenas de México, Región Pacífico Sur*, Instituto Nacional Indigenista, México, 1995.
- Acuña, René, *Relaciones Geográficas del Siglo XVI: Antequera*, Tomo I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- Arellano Hoffmam, Carmen; Schmidt, Peer y Noguez, Xavier (coordinadores), *Libros y escritura de tradición indígena*, Frankfurt, El Colegio Mexiquense, A. C.- Universidad Católica de Eichstatt, Vervuert, 2002.

63 Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Colección mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 8.

64 Obra donde se analiza ampliamente el mito del derecho es: Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México 1998.

Atienza Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993.

Bartolomé, Miguel A., “El pueblo de la lluvia. El grupo etnolingüístico *ñuu savi* (mixtecos)”, en Alicia M. Barabas y Miguel A. Bartolomé, *Configuraciones Étnicas en Oaxaca. Perspectivas Etnográficas para las Autonomías*, INI-CONACULTA-INAH, México, 1999.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Segunda reimpresión, Debate, Madrid, 1993.

Caballero, Juan Julián, “La educación familiar y comunitaria en la Mixteca oriental”, en: *Educación y cultura. Formación comunitaria en Tlazoyaltepec y Huitepec*, Oaxaca, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Primera reimpresión, México, 2005.

Carmagnani, Marcello, *El regreso de los dioses: el proceso de reconstitución de la identidad étnica en Oaxaca. Siglos XVII y XVIII*, Segunda reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Caso, Alfonso, *Reyes y reinos de la mixteca*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 12-148. También: Enrique Florescano, *Memoria indígena*, Taurus, México, 2000.

Dalhgren de Jordan, Bárbara, *La mixteca su cultura e historia prehispánicas*, México, Ediciones del Gobierno Constitucional del Estado de Oaxaca, 1979.

De los Reyes, Fray Antonio, *Arte de la lengua mixteca*, facsímile de la edición de 1593, Nashville, 1976.

Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México, 1998.

Florescano, Enrique, *Historia de las historias de la nación mexicana*, Taurus, México, 2002.

Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 1996.

López Ramos, Juan Arturo, *Esplendor de la antigua mixteca*, Trillas, México, 1987.

Martínez Vásquez, Víctor Raúl, *Movimiento Popular y Política en Oaxaca 1968-1986*, CONACULTA Colección Regiones, México, 1990.

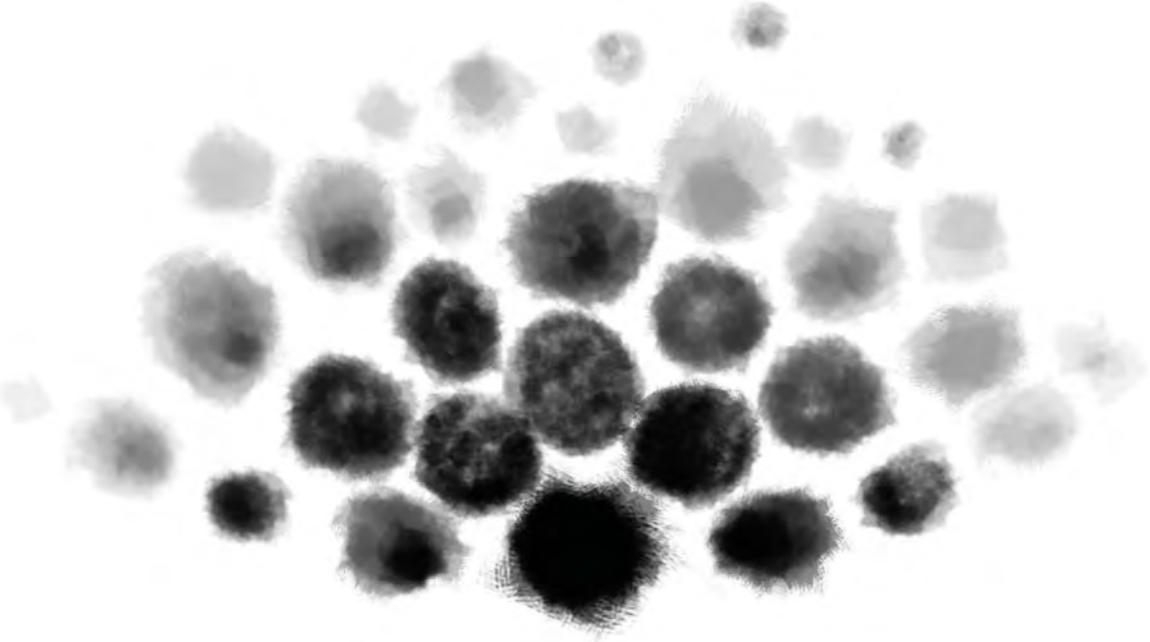
Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Colección mayor Filosofía y Derecho Astrea, Buenos Aires, 1985.

Ortiz Castro, Ignacio, *Acercamiento a la filosofía y ética del mundo mixteco*, Colección diálogos, Pueblos originarios de Oaxaca, Secretaría de Cultura-CONACULTA, México, 2007.

Pastor, Rodolfo, *Campesinos y reformas: la mixteca, 1700-1856*, el Colegio de México, México, 1987.

Romero Frizzi, María de los Ángeles, *El Sol y la Cruz: Los Pueblos Indios de Oaxaca Colonial*, (Historia de los Pueblos Indígenas de México), CIESAS-INI, México, 1996.

Simeón, Remi, *Diccionario de la lengua náhuatl o mexicana*, Novena edición, Siglo XXI, México, 1992.



La (re)construcción de la autonomía indígena como parte del proyecto de descolonización en Bolivia: el caso de Jesús de Machaca

Marco Aparicio Wilhelm¹

Sumario

1. Introducción – 2. Autonomías indígenas como parte de un proyecto plurinacional y descolonizador – 3. “Jesús de Machaca: orgullo aymara” – 4. El Estatuto como hibridación. El proceso de (re)construcción de un poder autónomo – 5. Bibliografía

Introducción

Una mañana de abril, mientras los funcionarios deliberaban sobre dónde empezar a experimentar esa figura de autonomía indígena, apareció en su propio Ministerio un nutrido grupo de machaqueños, hombres y mujeres, ataviados casi todos con sus galas de *mallkus* y *mallku taykas* (sus esposas) y presididos por el alcalde. Solicitaban una entrevista con el Ministro, Carlos Romero, para plantearle formalmente ser considerados para su transformación en autonomía indígena. Soñaban en poder ser incluso el primer municipio del país en dar tal paso.²

Así narra Xavier Albó, antropólogo y gran conocedor de la realidad boliviana, el modo en que los representantes del municipio de Jesús de Machaca, iniciaron, a los pocos meses de la entrada en vigor de la nueva Constitución Política del Estado (CPE, en adelante), su conversión en autonomía indígena originario campesina (AIOC, en adelante).

1 Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Girona. Miembro de la ADIDPI. Desarrolla su trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas desde 1998. Desde entonces, ha participado en numerosas actividades académicas y ha trabajado junto con organizaciones indígenas, en especial en México. Es miembro de la Comisión Civil Internacional de Observación por los Derechos Humanos (CCIODH) y de la ONG catalana Juristes Solidaris. Ha participado en labores de asesoría en los recientes procesos constituyentes boliviano y ecuatoriano.

2 Albó, X., “La Marka resistente y rebelde de Jesús de Machaca retoma su autonomía”, CIPCA, La Paz, julio 2009 (<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/09/albo-jesuスマchaqa.pdf>)

Como es sabido, la nueva CPE, aprobada en referéndum en enero de 2009, al fijar la forma de Estado, establece que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías” (art. 1). La plurinacionalidad, por tanto, se fundamenta en su base comunitaria, esto es, en “la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios” a quienes “se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley” (art. 2).

Contiene la CPE además un capítulo específico de derechos indígenas (“de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”, según el enunciado constitucional), donde quedan recogidos los derechos vertebradores de su existencia y desarrollo en tanto pueblos indígenas, en sintonía con los contenidos de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). A modo de ejemplo, aparecen derechos como, sin más, “a existir libremente” (artículo 30.II.1), “a su identidad cultural” (30.II.2), “a la libre determinación y territorialidad” (30.II.4). A la consulta previa “mediante procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles” (30.II.15), o “a la gestión territorial indígena autónoma” (30.II.17).

De esta forma, el carácter descentralizado del Estado se constituye a partir del reconocimiento de distintos planos de autonomía territorial, entre los que se encuentra el de las AIOC, tal y como la propia CPE se encarga de ratificar y desarrollar en su Tercera parte, Título I, Capítulo séptimo (artículos 289 y siguientes). En su artículo 289, la CPE define la AIOC como “el autogobierno de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

Apenas tres meses desde su aprobación, la nueva CPE ya se veía exigida en su concreción práctica por una de las realidades aymaras más auto-afirmadas del altiplano boliviano, la de Jesús de Machaca. Según el censo realizado en 2001, un 95,73% de la población machaqueña se identificó ya entonces como aymara (o de la minoría uru)³. Hoy, este municipio es uno de los once que han aprobado en referendo popular (el 6 de diciembre de 2009) poner en marcha el proceso para pasar de ser municipio a AIOC. De

3 Según consta en la página web del Ministerio de Autonomías, en el Censo 2001, la población del municipio de Jesús de Machaca alcanzó a 13.247 habitantes. De la población de 15 años o más que se autoidentifican con pueblos originarios o indígenas alcanza a 8.119 personas 95,73% de un total de 8.481 personas. Se consideran pertenecientes al pueblo aymara 8.007 personas, seguido por 77 personas autoidentificadas con el pueblo uru y en menor proporción los que se autoidentifican con quechua y mojeño, con 28 y 5 personas, respectivamente.

esos once municipios, cinco de ellos ya han presentado sus proyectos de estatuto autonómico ante el Tribunal Constitucional Plurinacional para su revisión⁴. Confirmada la compatibilidad con la CPE se podrá entonces proceder a su definitiva aprobación, “mediante normas y procedimientos propios y, luego, por referendo”, de acuerdo con lo previsto por el art. 54.III de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

El presente texto pretende ofrecer una vista panorámica de algunas de las características del proceso de conversión de municipio en AIOC en el que se encuentra Jesús de Machaca, como ejemplo de la dimensión del horizonte de transformación, pero también de las dificultades a las que se enfrenta, el proyecto plurinacional y descolonizador que acogen las previsiones de la nueva CPE de Bolivia.

2. Autonomías indígenas como parte de un proyecto plurinacional y descolonizador

La Constitución boliviana, como sabemos, no es el primer texto en reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. En su dimensión interna, como derecho a la autonomía, ha sido recogido en buena parte por las constituciones latinoamericanas que optaron por dar cabida al reconocimiento de la pluralidad cultural propia, a partir de los años noventa; impulsados normativamente por las previsiones del Convenio núm. 169 de la OIT –aprobado en 1989–, que con claridad recoge derechos territoriales, esto es, de autogobierno.

En tanto que, estrictamente, derecho a la libre determinación, por una parte se puede sostener que se halla incluido en la previsión general contenida en el primer artículo de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobados en sede de Naciones Unidas en 1966; eso sí, en contra de la doctrina de la *blue water* o “agua salada” (que restringía su aplicación a realidades formalmente coloniales), lo que excluiría situaciones de “colonialismo interno”, como se ha querido definir la realidad que afecta a los pueblos indígenas en el marco de los Estados *independientes*. La pugna interpretativa no resulta necesaria respecto a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, cuyo art. 3 recoge explícitamente tal derecho referido a los pueblos indígenas.

Pero ya sea en forma de reconocimiento de derecho a la autonomía e incluso como derecho a la libre determinación, tenemos ya suficiente recorrido para atestiguar que, de un modo u otro, los sistemas jurídicos han sabido cómo estrangular el proceso de reconstrucción y desarrollo del autogobierno indígena. Existen procesos que han digerido

4 Se trata de los municipios de Totora Marka Oruro, Uru Chipaya, Marka Pampa Aullagas pertenecientes al departamento de Oruro, Mojocoya de Chuquisaca y Charagua de Santa Cruz) ya lo entregaron al Tribunal Constitucional Plurinacional (en fecha de 22 de junio de 2012), por lo que faltarían, además de Jesús de Machaca, Chayanta, Salinas de Garci Mendoza, Tarabuco, Huacaya, y Charasani.

la autonomía indígena en el interior de una estructura territorial, administrativa y financiera monocultural, ajena, limitadora de la libre determinación indígena.

Por esta razón, más allá del reconocimiento del derecho a la libre determinación, la principal novedad que presenta la Constitución boliviana, hasta el punto de poder calificarla como giro paradigmático, se hallaría en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas “a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado” (artículo 30 II.5).

El horizonte de esta previsión, de realizarse, dejaría atrás la tradicional lógica de oposición entre Estado y pueblos indígenas. Más adelante, la Constitución completa esta previsión por medio del reconocimiento de instituciones propias y de instituciones compartidas.

Las instituciones compartidas, que se presentan como plurinacionales, serían fundamentalmente la Asamblea Legislativa Plurinacional, Tribunal Constitucional Plurinacional y Órgano Electoral Plurinacional. La regulación constitucional de la Asamblea Legislativa Plurinacional exige para la elección de sus integrantes la existencia de circunscripciones especiales indígenas (indígena originario campesinas, de acuerdo con la terminología constitucional), derivando su desarrollo a la legislación posterior, con el límite de que no trasciendan las fronteras departamentales y que “se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional” (art. 146.VII).

Respecto del Tribunal Constitucional y del Órgano Electoral, su carácter plurinacional se establece, constitucionalmente, de modo muy escueto. Para el Tribunal Constitucional se marca que sus miembros estarán “elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (art. 197.I), mediante sufragio universal (art. 198). Se establece, asimismo, que las candidaturas podrán ser propuestas “por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (art. 199.II). Para el Órgano Electoral, se establece que el Tribunal Supremo Electoral estará compuesto por siete miembros, seis de elección parlamentaria y uno de elección presidencial, respetando que “al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino” (art. 206.II). También se garantiza representación indígena para los Tribunales electorales departamentales (de acuerdo con el procedimiento establecido por el art. 206.V).

Como instituciones propias, se da forma a las AIOC, señalando que “el autogobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley” (art. 292). En el marco de la realización del autogobierno se garantiza el derecho al Derecho propio y a las propias formas de impartición de justicia. De ahí surge una institución mixta, en parte compartida y en parte no: se trata del Órgano Judicial, que según la Constitución incluye a la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y la indígena originario campesina; rigiendo entre ellas el principio de igualdad jerárquica y, en consecuencia, no revisabilidad (art. 179.II). Es compartida por

cuanto en su conjunto configura un único Órgano Judicial, reclamando que la justicia indígena es tan justicia como la no indígena. Pero a la vez separa ámbitos jurisdiccionales, incluyendo el propio que se ejercerá en las AIOC.⁵

En el esquema constitucional, la plurinacionalidad, junto con la interculturalidad derivada de su realización, sentarían las bases de un nuevo pacto entre culturas en el marco de un nuevo constitucionalismo, el constitucionalismo dialógico.⁶ Este constitucionalismo se basa no sólo en la garantía de una serie de derechos de los colectivos culturalmente minorizados frente a la sociedad dominante, sino a partir del reconocimiento de la igual dignidad de las culturas, que se hallarían así en condiciones de auténtico diálogo y no de imposición. Podríamos encontrar en ello una refundación democrática desde el punto de vista cultural.

La plurinacionalidad y la interculturalidad, partes integrantes de la definición de la forma de Estado (art. 1), resultarían los pilares en los que se edifica el proyecto de descolonización apuntado en el preámbulo constitucional. En realidad, la descolonización, esto es, la superación de las dinámicas seculares de dominación y exclusión socio-cultural, aparecería entonces como consecuencia, y al mismo tiempo motor, de la puesta en funcionamiento de los ejes de la plurinacionalidad y de la interculturalidad.

No es posible, por los límites de la extensión de este texto, abordar con mayor profundidad las cuestiones señaladas. Aunque, sin duda, su complejidad lo demanda. Y es que, sin ir más lejos, el propio texto constitucional incorpora, al lado de los elementos propios del mencionado cambio de paradigma, aspectos enraizados en la más pura tradición constitucional liberal. En realidad, la CPE no es unidireccional, sino que ofrece un panorama de intensa promiscuidad; una amalgama de factores en tensión que nos lleva a hablar, con Boaventura de Sousa Santos, de un Estado, y un constitucionalismo, transformador, experimental y transicional.⁷ Y, en el marco de ese experimento transicional sin duda uno de los papeles protagonistas recae en el modo en que se lleve a cabo la construcción y despliegue de las AIOC, proceso del cual nos habla Jesús de Machaca.

3. “Jesús de Machaca: orgullo aymara”

“Jesús de Machaca: orgullo aymara”. Así consta en la página web sobre el municipio, diseñada por las propias autoridades del mismo.⁸ En efecto, de los municipios en proceso de conversión a AIOC, el caso de Jesús de Machaca resulta especialmente interesante

5 La naturaleza del Órgano Judicial resulta compleja, ya que en realidad tanto la jurisdicción ordinaria como la agroambiental se ejercerán, en parte, en los territorios de las AIOC, de acuerdo con lo que la Ley de Deslinde Jurisdiccional considere que queda del ámbito de la jurisdicción indígena originario campesina. Por tanto, se puede hablar de que el reconocimiento de instituciones propias es, en el ámbito jurisdiccional, reducido, especialmente tras la aprobación de una Ley de Deslinde muy restrictiva del ámbito jurisdiccional indígena.

6 Dicho término lo ha aportado Agustín Grijalva, “El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Ecuador Debate*, n. 75, 2008, pp. 49-62.

7 Sousa Santos, B, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Abya Yala, Quito, 2010, 103.

8 http://machaca.cebem.org/index_esp.php

por la relevancia que ha tenido históricamente como territorio indígena y rebelde, paradigma de la compleja, conflictiva y excluyente construcción del Estado boliviano. Resulta, en este sentido, conocida la obra que en cuatro volúmenes recoge un repaso de los últimos cinco siglos de historia machaqueña bajo el título: "Jesús de Machaca: la marka rebelde".⁹

Uno de los primeros hitos de dicha naturaleza rebelde en periodo republicano, fue el rechazo frente a los intentos de desarticulación de la propiedad comunitaria y la estructura organizativa en *ayllus* (comunidades o grupos de comunidades, modo de organización social y productiva de los pueblos andinos);¹⁰ integrantes, a su vez, de las *markas* (conjunto de *ayllus* con una estructura organizativa colectiva). Era el propósito contenido en La Ley de Exvinculación, dictada en 1874, en virtud de la cual se declaraba la extinción del *ayllu* para proceder a la parcelación del territorio y la dotación de títulos individuales. La firme oposición de *ayllus*, como los integrantes de la marka de Jesús de Machaca, logró paralizar la aplicación de la Ley y, con ella, posibilitó la continuidad de la propiedad colectiva.¹¹

Otro de los momentos importantes en la historia de resistencia, es el levantamiento de 1921. Este movimiento se enfrentó a los abusos del corregidor, autoridad local republicana -no indígena-, que sustituyó a los caciques aymaras como máximos dirigentes de la marka de Jesús de Machaca. Dicho levantamiento fue sofocado por el ejército, con un saldo de más de cincuenta muertos.¹² No obstante, dicha rebeldía generó sus frutos, ya que en la práctica permitió que los *ayllus* de Jesús de Machaca pudieran autogobernarse sin mayor interferencia hasta la actualidad, aunque también con muy escasos recursos estatales.¹³

Para el desarrollo de dicho autogobierno es también necesario aludir a los efectos de la revolución de 1952. La reforma agraria, puesta en marcha en 1953, apenas tuvo que incidir en Jesús de Machaca, pues su territorio se había mantenido en manos colectivas, como ya se ha señalado. Ahora bien, como señala Albó, "paradójicamente, aquella Revolución fue también la que más puso en peligro el esquema tradicional de organización y autogobierno al intentar transformarlo y disgregarlo en su esquema de sindicatos campesinos, estrechamente vinculados con los comandos del MNR" (Movimiento

9 Choque, R., et al., *Jesús de Machaca: la marka rebelde*, CEDOIN, Texas, 1996.

10 El propio proyecto de estatuto autonómico de Jesús de Machaca contiene una definición: "Los Ayllus son espacios territoriales bien definidos compuestos por varias Comunidades Originarias y tiene sus propias autoridades de acuerdo a las normas y procedimientos propios y la máxima autoridad es el Jíir Mallku Awki y Jíir Mallku Tayka" (artículo 12 III).

11 No obstante experiencias históricas como la descrita hay quienes manifiestan, como parte de la batería de ataques a la nueva Constitución de 2009, que "desde el punto de vista económico, la Ley de Exvinculación de 1874 tuvo alto sentido democrático y antifeudal, mientras la actual Constitución, en lo que se refiere a la tierra, resulta siendo absolutamente antidemocrática y neofeudal, al contrario de las proclamas retóricas de algunas autoridades que pregona un indigenismo a ultranza, pero que, en los hechos, resultan siendo enemigos de los indígenas". Así lo entiende Luis Antezana Ergueta, en artículo de opinión de *El Diario*, 9/02/2009 (http://www.eldiario.net/noticias/2009/2009_02/nt090209/1_01opn.php).

12 Choque, Op. Cit.

13 Albó, Op. Cit, pp. 3.

Nacionalista Revolucionario, el partido gubernamental). A partir de tal esquema, el sindicato campesino pasaba a sustituir a la antigua comunidad siendo sus dirigentes las mismas autoridades comunales. Pero no se trataba de un mero cambio de denominación ya que "con esa nueva forma de articulación a niveles nacionales más amplios surgió también la fiebre de tener más subcentrales campesinas, para aumentar su prestigio de manera competitiva, lo que generó subdivisiones en los antiguos ayllus".¹⁴

Resulta innegable que la llamada revolución de 1952 comportó, para muchas zonas del país, un claro avance en términos de reforma agraria y atención estatal a los problemas del ámbito rural. Sin embargo, en las realidades más cohesionadas alrededor de la estructura del *ayllu*, la fórmula *revolucionaria* encerraba un claro efecto de reconfiguración y, en cierto modo, de desarticulación o debilitamiento comunitario. Pero, de nuevo, asistimos a una muestra de resistencia: en el caso de Jesús de Machaca "fue más bien este nuevo sindicalismo el que acabó siendo reabsorbido por el esquema organizativo tradicional (...). Se impuso, una vez más, la marka rebelde".¹⁵ En efecto, primero a partir de una recuperación de organización, vestimenta y simbología *pre-sindical*, y más tarde, en el marco de la conmemoración de los "500 años de resistencia indígena", con la asunción de nuevo de la terminología de *ayllu*. Así, en 1992 los representantes de cada uno de los dos ámbitos territoriales o parcialidades de la marka, pasaron a constituir la Central de *ayllus* y comunidades de Jesús de Machaca (CACJMA) y la Central de *Ayllus* de Parcial Arriba (CAPA).

La siguiente etapa de la siempre difícil relación de la marka con la organización territorial administrativa del Estado, se sitúa en el proceso de conversión a municipio, con el objetivo de poder ser titulares directos de las competencias y recursos que se recogen en la Ley de Participación Popular aprobada en 1994; rechazando así su pertenencia al macro municipio de Viacha (cuyo territorio se extiende desde los límites de La Paz hasta la frontera peruana). Dicho objetivo se logra, gracias a la insistencia de los *mallkus* (autoridades propias) de las dos parcialidades de la marka, por medio de la Ley 2351, del 7 de mayo de 2002, y se concreta tras las elecciones municipales de 2004, con la asunción de los cargos representativos por parte de las autoridades propias, constituidas en la Marca de *Ayllus* y Comunidades Originarias de Jesús de Machaca (MACOJMA); este fue el modo en que se presentaron como lista electoral. Llegamos así al proceso que abre la nueva CPE, esto es, el que ha de llevar a su conversión de municipio a AIOC.

4. El Estatuto como hibridación. El proceso de (re)construcción de un poder autónomo

La Marka Autónoma Originaria de Jesús Machaca, reconstituye su identidad propia que desde tiempos inmemoriales, como pueblo originario de la civilización aymara (*jaya mara, quillana marka*) con nuestra propia cultura. Nuestra buena convivencia con la naturaleza fue interrumpida

14 Albó, Op. Cit., p. 3.

15 Ibid, pp. 4.

por el colonialismo inhumano. Desde nuestros antepasados iniciaron la lucha en contra de la dominación española y los criollos que intentaron apoderarse de nuestras tierras y se frustraron. Nunca hemos tenido patrones. Desde entonces, la lucha por la autodeterminación y autogobierno de nuestros pueblos fue constante.

Con estas palabras, que ratifican su conciencia rebelde, se inicia el preámbulo del proyecto de Estatuto de Jesús de Machaca, mediante el cual se ha de proceder, como el mismo preámbulo recoge, a la *reconstrucción* de su autonomía originaria. El proyecto de Estatuto nos habla con claridad del camino emprendido para la reconstrucción autonómica y se trata de un camino que, en buena medida, viene caracterizado por soluciones híbridas. Al lado de elementos que recogen y ratifican elementos asociados con la cultura propia, aymara fundamentalmente, aparecen otros que tanto en la terminología como en la propia esencia o lógica institucional, son tomados de la cultura occidental hegemónica.

Como elementos de propia raigambre, dentro de las “bases fundamentales de la autonomía” (Título I), destaca la denominación de Marka Autónoma Original de Jesús de Machaca (MAOJMA, en adelante), además de aspectos como el reconocimiento oficial del plurilingüismo (aymara, uchumataqu y castellano), un conjunto de valores y principios tradicionales¹⁶ y de símbolos propios tales como la vestimenta del mallku awki (hombre) y mallku tayka (mujer). Más allá de tales elementos, debe subrayarse la decisión de incorporar como base fundamental autonómica el derecho de la MAOJMA a la consulta previa (art. 5.I), en los mismos términos que establece el art. 30.II.15 de la CPE, a lo que se añade el derecho “a desarrollar y ejecutar mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que afecten a nuestros intereses” (art. 5.II). Con este añadido, la MAOJMA se estaría reservando una interesante herramienta política: la posibilidad de efectuar sus propios procesos de consulta, independientemente de que el Estado –como institución central- cumpliera o no con su obligación de llevarlos a cabo.

Una de las aportaciones más interesantes que ofrece el proyecto de Estatuto es la referida a la estructura de gobierno (Título II). Concretamente, el art. 14 establece que “El gobierno autónomo está estructurado en forma de una chakana, la misma que representa a la cruz andina, las cuatro estaciones del año, la cruz del sur y las cuatro esquinas de una casa”.



La autoridad máxima con poder de decisión del gobierno autónomo es el Magno Cabildo de la MAOJMA, compuesto por los *Mallku Awkis* (hombres) y *Mallku Taykas* (mujeres) de las diferentes comunidades originarias y ayllus, autoridades que serán elegidas por las propias comunidades y ayllus según las normas y procedimientos propios, aunque se precisa que la elección de tales autoridades se realizará “en una asamblea de la comunidad o de forma rotativa, con atribuciones de autoridad deliberante y potestad de mando, que vela todos los intereses de la comunidad” (art. 15.II).

La elección se hará, de acuerdo con el art. 24.II, con base en la democracia comunitaria, que “consiste en la elección de autoridades de acuerdo a las normas y procedimientos propios desde abajo hacia arriba y según el sistema de *muyta* (rotación por comunidades, ayllus y Unidades Territoriales, según el caso) y de *thakhi* (camino o rango de cargos menores -*jisk'a thakhi* - a cargos mayores -*jach'a thakhi*). La elección comenzará en las comunidades pasando por ayllus y unidades territoriales y finalizará en el Magno Cabildo de la MAOJMA”.

Se añade, además, que tal elección se realizará “con base en la *sayaña* y *anaqa*¹⁷ que posee y los cargos subalternos ejercidos en gestiones anteriores, así como su inscripción

¹⁶ Como principios, se recogen los siguientes: Hombres y mujeres con un solo propósito (*chacha warmi mā amuyt'aru tukupxañāni*), no robar (*Jani lunthatasña*), no ser flojo (*jani jayrāña*), no mentir (*jani k'ariña*), no ser adulador (*jani llunk'usiña*), jan *jisk'achasiña*, respeto a la Pachamama, suma Qamaña, identidad, equilibrio, complementariedad y solidaridad. Como valores: Mayacht'asiña (unidad), *ayni* (reciprocidad), *khuyapayasiña* (solidaridad), equidad, igualdad, *jayma*, *mink'a*, *waki sataqa*, *uywara*, *tuti*, *arunta*, *chhuqhu* y todos los establecidos en la Constitución Política del Estado Plurinacional (art. 7).

¹⁷ La *sayaña* es la parcela de tierra que cada familia tiene, mientras que la *anaqa* es la tierra de pastoreo donde se puede establecer la residencia temporal de una familia. Son, por tanto, las unidades básicas, de tipo familiar, de la economía comunitaria.

en el padrón electoral y ser censados en la comunidad", y preferentemente deberá tratarse de personas menores de sesenta años. Finalmente, se establece que "todas las autoridades originarias ejercen su cargo en la concepción dual de *Chacha – Warmi*, pero sin remuneración (en forma *ad- honorem*) y su tiempo de ejercicio es solo de un año" (art. 15.VIII), añadiendo en este sentido que "las Mallku Taykas tienen el mismo rango de autoridad con las mismas facultades que los Mallku Awkis" (art. 15.VII).

Otro de los ámbitos donde el sello propio resulta más palpable es el referido a la justicia. Aunque en la estructura organizativa se le otorgue una denominación en buena medida ajena ("Órgano Judicial"), su regulación se realiza bajo un capítulo titulado "Nuestro modo de Justicia" (artículos 29 y siguientes) que nos habla de la opción por las formas jurisdiccionales propias. Así, la jurisdicción se subdivide en distintas instancias, acordes con la propia organización social y política.

Se regula de la siguiente forma (art. 33):

I. La primera instancia es privada, dentro de la familia o familias, con el apoyo de padres y otros familiares. II. La segunda instancia es comunal a través de su *Jalja Mallku* y su *Mallku Tayka*. Primero los afectados presentan su denuncia a estas autoridades y ellos citan a los interesados y a testigos. Se escucha e interpela a las dos partes. Se toma la decisión, se hacen recomendaciones al culpable y se ejecuta la sanción. III. La tercera instancia es la asamblea comunal de *ayllu*, en la que, conocido el caso, la asamblea decide. IV. Si la autoridad del *ayllu* y su asamblea determinan que no puede resolverse el problema en esta instancia, derivan el caso al Consejo Superior de Justicia Originaria de la MAOJMA. V. El Consejo Superior de Justicia Originaria de la *Marka* en caso de no encontrar solución derivará el asunto al magno Cabildo y se dictará la sentencia definitiva.

Al lado de las previsiones referidas, claramente fruto de la evolución de las propias formas de autogobierno, el Estatuto ofrece elementos que recogerían de manera más clara la impronta o imposición occidental. En algunos casos se trata de exigencias planteadas por la propia CPE o la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, pero en otros casos no resulta así. Se podría, pues, entender que se trata del resultado, o bien de una cierta inercia mimética o bien de una decisión para afianzar el espacio autonómico frente a posibles tendencias re-centralizadoras (etnocéntricas, monoculturales); que pueda llegar a protagonizar el Estado (en su nivel central o en el plano departamental).

En primer lugar destaca la existencia de una estructura de gobierno, que más allá del Magno Cabildo (asamblea de autoridades comunitarias), incluye la clásica división entre órganos (legislativo, ejecutivo y judicial, además del control social), que no resulta exigida por la CPE para las AIOC. Es más, la CPE establece con claridad, de manera distintiva con el resto de esferas territoriales autónomas, que "El gobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación o comunidad, establecidas en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley" (art. 296). Por esta razón,

cuando la Ley Marco de Autonomías y Descentralización establece en su art. 12.II la división de poderes como fórmula necesaria en las entidades autónomas, se debe entender que excluye a las AIOC.¹⁸

Igualmente, se ve esa tendencia mimética (o táctica) en aspectos como los requisitos para ser electos como miembros de la Asamblea Legislativa Originaria Autónoma, que además de los propios, se mencionan los previstos de manera general por el art. 287 CPE, cuando en realidad la CPE deja al margen de tales exigencias a las AIOC (pues las regula en un capítulo posterior). Lo mismo sucede con la determinación del tiempo máximo del mandato, que el Estatuto fija en cinco años, tanto para el ejecutivo como para el legislativo, "en conformidad", según se afirma, con la regulación constitucional (artículos 285 y 288).

Como formas de elección, además de la democracia comunitaria que se refiere a la elección de las autoridades de las comunidades originarias y los *ayllus*, el Estatuto prevé formas de democracia representativa, que serán válidas para la elección de miembros de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Concretamente, se prevé que "Se reconoce la democracia representativa como mecanismo de fortalecimiento de la propia democracia comunitaria" (art. 24.III).

Ahora bien, en este punto la solución híbrida se impone, puesto que se prevé que "Los representantes de organizaciones políticas por la vía de la democracia representativa deberán ser postulados desde las bases, comunidades y en el marco de las cinco unidades territoriales" (art. 24.IV), mientras que será el Magno Cabildo quien decida "con al menos tres meses de anticipación de cada acto electoral, la admisión de organizaciones políticas por la vía de la democracia representativa. Deberá emitir una resolución donde señale las organizaciones políticas admitidas y el número de las mismas" (art. 24.V).

Finalmente, debe mencionarse el capítulo referido a las competencias asumidas por la MAOJMA, que son tributarias de un lenguaje y una lógica indudablemente anclada en la cultura jurídica occidental. Se limita el Estatuto en esta parte a recoger lo que establecen la CPE y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, que distinguen entre competencias exclusivas, compartidas, concurrentes y subdividen, con precisión terminológica, cada una de las que se asumen. Sin duda, en el ámbito competencial, sujeto a posible conflictividad con el resto de entes autónomos (incluidas las instituciones centrales del Estado), no le queda otro remedio a las AIOC que ratificar y asentar la distribución competencial establecida constitucionalmente. Ahora bien, ello no excluye que sin duda la herramienta que debe acompañar la (re)construcción de la autonomía indígena

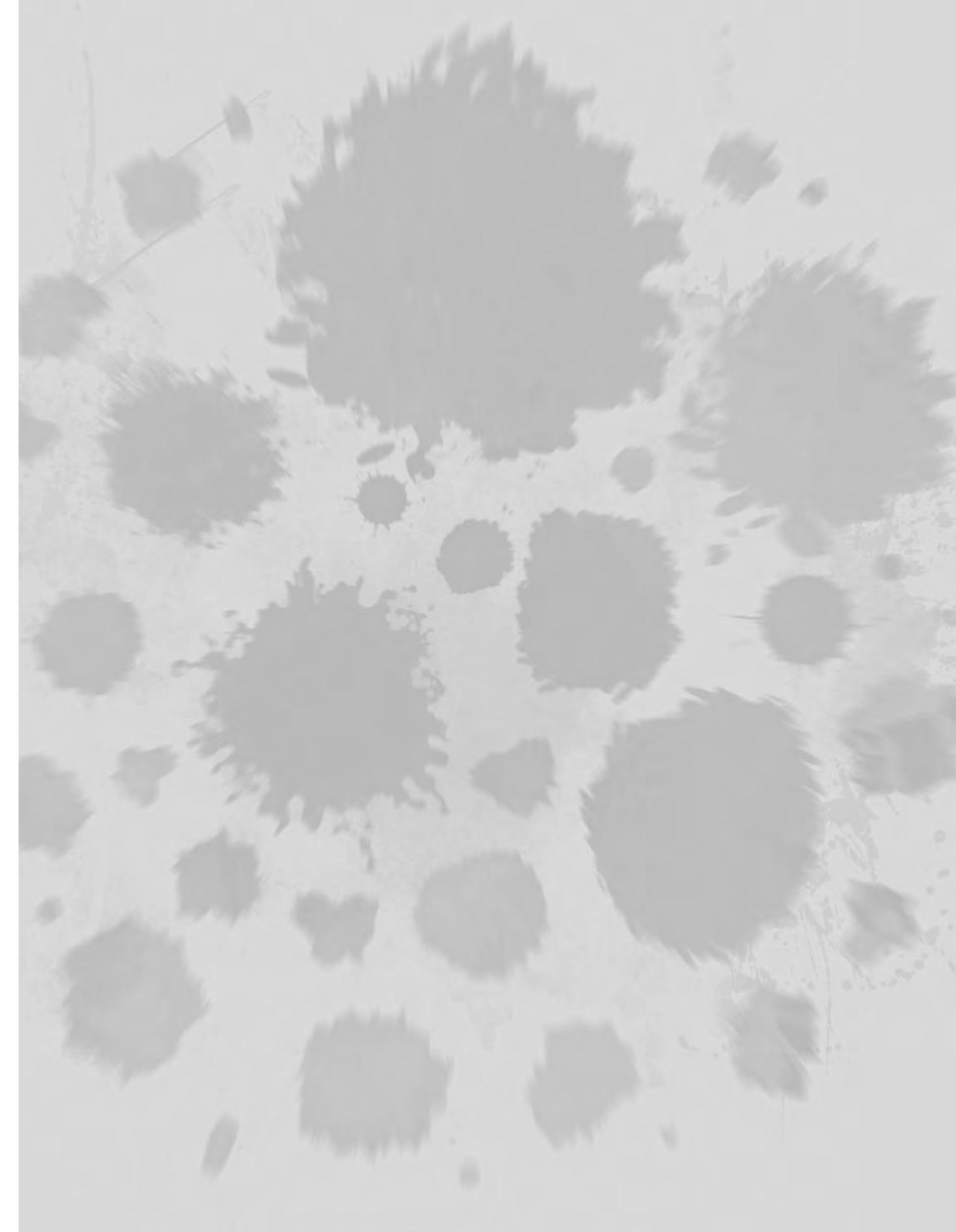
18 Se podría interpretar, para hacer compatible tal previsión legal con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas originarios campesinos (art. 30.II.4 CPE), que en el caso de las AIOC no se debe aplicar necesariamente dicha división de órganos, de modo que podrían disponer libremente su propia estructura de gobierno. Si se entiende que la redacción del artículo 12.II de la Ley de Autonomías y Descentralización no admite tal excepción, se podría entonces considerar su carácter inconstitucional.

se vea convertida en un instrumento híbrido, lleno de formas y conceptos propios, pero también de estructuras y lógicas que, aunque algunas de ellas ya se hallen inseridas, siguen siendo en buena medida ajenas, colonizadoras.

En definitiva, el presente texto ha querido enfatizar la idea de que el proceso que debe dar pie a la creación de las AIOC es sumamente expresivo de las fortalezas y debilidades, además de las tensiones de un proyecto que dibuja un horizonte de descolonización a través del encuentro entre formas organizativas culturalmente diversas. Sin duda, la inclusión de las instituciones indígenas, dentro de la institucionalidad del Estado, es un reto fascinante. Hasta ahora esta lucha nunca antes ha sido emprendida en el grado que la nueva CPE boliviana asume. No obstante, sabemos que el uso del lenguaje y de la lógica jurídico-política de un Estado, que secularmente ha servido como instrumento de dominación, está presente y posee una enorme fuerza de arrastre; que, como hemos visto, se deja notar en la herramienta normativa que debe recoger las bases de las autonomías indígena originario campesinas que se encuentran en formulación.

5. Bibliografía

- Albó, X., "La Marka resistente y rebelde de Jesús de Machaqa retoma su autonomía", CIPCA, La Paz, julio 2009 (<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/09/albo-jesusmachaca.pdf>)
- Choque, R., et al., *Jesús de Machaca: la marka rebelde*, CEDOIN, Texas, 1996.
- Grijalva, A. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008", *Ecuador Debate*, n. 75, 2008, pp. 49-62
- Sousa Santos, B. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur, Abya Yala*, Quito, 2010.





El aporte del EAPI al proceso de reivindicación indígena y al pluralismo jurídico en México

Jesús Antonio De La Torre Rangel¹

Sumario

1. Introducción – 2. Sobre el Pluralismo Jurídico – 3. Algunos frutos de la Revolución Zapatista – 4. Algunas enseñanzas de Fanon – 5. Los Acuerdos de San Andrés: el verdadero Derecho de pueblos y comunidades – 6. El caminar del Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI) – 7. Bibliografía.

1. Introducción

En los últimos años, salvo el movimiento ciudadano de resistencia a la violencia, encabezado por el poeta Javier Sicilia, denominado Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (nacido en México a principios de abril de 2011), los movimientos sociales más importantes han sido producidos por pueblos y comunidades indígenas.

Esta nueva experiencia indígena mexicana ha generado un pluralismo jurídico como Derecho crítico y al margen del sistema. Así lo muestra diversos procesos, tales como los Municipios Autónomos y Juntas de Buen Gobierno zapatistas; la Experiencia Comunitaria de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación de la Montaña y Costa Chica de Guerrero; la Guardia Comunitaria de la Comunidad de Santa María de Ostula, Michoacán; la Policía Comunitaria de Cherán, también en Michoacán; y el municipio triqui de San Juan Copala, en Oaxaca. Todos estos procesos, reconociendo que el verdadero Derecho de pueblos y comunidades indígenas, provienen de los Acuerdos de San Andrés.

¹ Abogado, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Miembro Fundador del Centro de Investigaciones y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes, A.C. (CIEMA). Ha publicado *El derecho como arma de liberación en América Latina* (1984), *El derecho que nace del pueblo* (2004), *Sociología Jurídica y Uso alternativo del Derecho* (1997), entre otros. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de México desde 1997.

A continuación, trataremos de otro proceso de experiencia indígena mexicana que en los últimos años ha hecho aportes muy importantes a las reivindicaciones de pueblos y comunidades, desde el pluralismo jurídico, me refiero al Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI).

2. Sobre el Pluralismo Jurídico

La concepción del Derecho en la modernidad es unívoca. El Derecho tiene un sólo sentido, responde a una única realidad: el Derecho es la Ley. Así Ley es igual a Derecho y Derecho es igual a Ley; y, la ley tiene como fuente exclusiva de origen al Estado. Así que el Derecho está constituido por un conjunto de normas establecidas por el Estado para que rijan la sociedad, y se le llama Ley, base del sistema jurídico. Dice Paolo Grossi que, con el advenimiento de la concepción moderna del Derecho, el viejo pluralismo es sustituido por un rígido monismo, de tal modo que el “drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley”².

Reconocemos que el Derecho es Ley, conjunto de normas, pero no sólo es eso sino que constituye también derechos subjetivos, facultades de las personas y los grupos sociales sobre lo suyo. Además, Derecho son las cosas y/o conductas debidas a los otros, esto es lo justo objetivo, como concretización de la justicia. Por otro lado, el Estado no es la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del Derecho, la realidad misma, naturaleza e historia, del ser humano y de las cosas, también producen juridicidad. El Derecho también nace del pueblo, de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos.

El pluralismo jurídico se separa de la teoría univocista de la modernidad, hace un rompimiento epistemológico, acepta la diversidad, lo plural, no de manera equívoca sino con una racionalidad analógica, que acepta lo diverso, lo distinto; pero sin perder lo esencial de la juridicidad, lo que le da sentido en última instancia: la justicia.

Acepto, entonces, como pluralismo jurídico aquel que implica un proyecto emancipador, una praxis de liberación. Esto es, “un proyecto jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de necesidades esenciales”³. El ser humano es la raíz de todo Derecho y, por lo tanto, los *derechos humanos* son *necesidades juridificadas*. De modo similar, Wolkmer nos explica como se produce el Derecho, como se genera en la propia sociedad y “resalta la importancia de buscar formas plurales de fundamentación para la instancia de la juridicidad, contemplando una construcción

2 Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

3 Wolkmer, Antonio Carlos, “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coordinador) *Pluralismo Jurídico, Teoría y Experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007, p. 26

comunitaria cristalizada en la plena realización existencial, material y cultural del ser humano”⁴.

El pluralismo jurídico así generado, en palabras del propio profesor Wolkmer, “es un pluralismo comunitario-participativo, cuya fuente de Derecho es el propio ser humano proyectado en sus acciones colectivas que incorpora la juridicidad concreta y la libertad emancipada”⁵. Así, en la experiencia indígena mexicana en los últimos años se ha producido la juridicidad, al margen del sistema.

3. Algunos frutos de la Revolución Zapatista

La insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), del primero de enero de 1994, dejó al descubierto muchas deficiencias de nuestro sistema social, político y económico. Incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el otro, con el indio. Desde el punto de vista jurídico podemos decir que el movimiento insurreccional chiapaneco, al cuestionar el conjunto de la organización de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte remezón de toda la juridicidad.

La dura realidad del indio mexicano, en general, constituye la negación misma del *derecho a la vida digna*, expresión que bien puede sintetizar todos los derechos humanos. Esto en virtud de que las condiciones de vida -¿o habrá que decir de muerte?- a que han sido llevados los pueblos indios mexicanos, son en sí mismas negadoras de lo que Joaquín Herrera llama *el derecho a tener derechos*. La vida digna es “como ‘contenido esencial’ de los derechos humanos”, ya que “constituye el núcleo del valor de la *dignidad humana*”⁶.

Tiene razón Herrera Flores cuando dice que:

[ese] ...contenido esencial” de los derechos humanos, que es *el derecho a tener derechos*, “necesita para su puesta en práctica esa triple condición de ‘vida’, ‘libertad’, ‘igualdad’. Los derechos humanos serán, pues, las normas y reglas que institucionalizan jurídicamente la ‘justa exigencia’ de los seres humanos de ser sujetos de derechos, de que se establezcan y desarrollos - por parte de todos- las condiciones que posibilitan su actuación como ser racional –vida y libertad–, y que les facilitan la puesta en práctica de los derechos que les corresponden como seres humanos -igualdad, solidaridad e interdependencia-⁷.

Las demandas zapatistas, al juridizarse, son reclamos que urgen condiciones necesarias para *el derecho a tener derechos*, hasta desenvolverse en un largo catálogo

4 Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006, p. 143.

5 Ibid, p. 151.

6 Herrera Flores, Joaquín, *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 128.

7 Ibid.

de derechos. Las necesidades expresadas se juridizan, se traducen al mundo jurídico, y constituyen así exigencia de reconocimiento y respeto de derechos.

Veamos el pliego de demandas⁸ presentado por la representación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en la mesa de diálogo en las llamadas *Jornadas por la paz y la reconciliación* en Chiapas, celebrada en San Cristóbal de Las Casas a fines de febrero y los primeros días de marzo de 1994.

15. Ya no queremos seguir siendo objeto de discriminación y desprecio que hemos venido sufriendo desde siempre los indígenas.
14. Que se respeten nuestros derechos y dignidad como pueblos indígenas tomando en cuenta nuestra cultura y tradición.

En especial estas demandas décima quinta y décima cuarta son básicas, ya que se refieren a las condiciones para ejercer *el derecho a tener derechos*; y son radicales, además, porque su atención conlleva el corregir nuestra relación social fundante, va a la raíz ética de nuestra relación con el otro, con el indio, implica no negarlo sino reconocerlo. *La raíz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidad del otro como otro*. La formulación de esas demandas es muy simple, pero de radicales repercusiones para la ética, el Derecho y la sociedad. Los otros derechos reclamados, expresados como demandas para satisfacer sus necesidades y, que implican necesariamente la atención de las demandas décima quinta y décima cuarta, llevan a ese derecho que es síntesis de todos *el derecho a una vida digna*.

El EZLN reclamaba un régimen autonómico para los pueblos indios; la demanda 4 está formulada así: "Nuevo pacto entre los integrantes de la federación que acabe con el centralismo y permita a regiones, comunidades indígenas y municipios autogobernarse con autonomía política, económica y cultural."⁹ Y la demanda 16: "Como pueblo indígena que somos que nos dejan organizarnos y gobernarnos con autonomía propia, porque ya no queremos ser sometidos a la voluntad de los poderosos nacionales y extranjeros".¹⁰

La muy rica experiencia indígena mexicana de los últimos años, en buena medida, es fruto de la insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. La revista *Conspiratio* dedica su número 07 a responder el cuestionamiento acerca de si hoy es posible la revolución; los colaboradores argumentan fundamentando diversas opiniones. Gustavo Esteva considera que hay una revolución que está en marcha y conversa con *Conspiratio*, en estos términos:

Conspiratio: A partir del ejemplo e iniciativas del EZLN, tu propuesta política es la de la revolución de los ámbitos de comunidad, que son propios del México profundo. Ésta, que se

8 "Las demandas Zapatistas", en *El Financiero*, México, 3 de marzo de 1994, p. 46. También en "Perfil de La Jornada", en *La Jornada*, México, 3 de marzo de 1994, p. II.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

ha dado en llamar la primera revolución del siglo XXI, sería una revolución no por el poder sino por la convivencialidad. ¿Crees realmente que esta revolución sigue adelante? ¿Cuáles son sus desafíos más importantes? O, si no es así, ¿en dónde consideras que se ha estancado?

Gustavo Esteva: El EZLN ha señalado repetidamente que no pretende imponer un modo específico de sociedad a todos los mexicanos. Insiste en que son estos los que deben ser capaces de expresar democráticamente su voluntad para crear la sociedad que desean, pero no a través de estructuras de representación como las actuales sino en forma directa.

Desde mi punto de vista, la revolución se ha estado tejiendo desde la base social, en los más diversos ámbitos, se ocupa primordialmente de la autonomía, en espacios en los que la gente puede decidir por sí misma. En esos espacios, las normas de convivencia, definidas por la propia gente, estarían más allá de la sociedad económica, capitalista o socialista, y podrían caracterizarse con el término, que Iván Illich renovó, de "convivencialidad",¹¹

Ameglio piensa también que el aporte de *la revolución que se está haciendo*, tiene que ver con la autonomía de las comunidades y lo considera como un fruto del quehacer político del zapatismo. Al recordar que el 17 de noviembre de 1983 tres indígenas y tres mestizos establecieron el primer campamento del EZLN, agrega que los "urbanos" que llegaron para hacer una guerrilla y luchar por "un gobierno socialista" "fueron 'derrotados' por la experiencia histórica y cultural de la lucha indígena" y gracias a esta ruptura epistémica, moral e intelectual, nació algo original: un ejército indígena que, sin dejar de serlo, lucha en forma civil y pacífica desde hace 17 años por construir un principio de orden social no capitalista llamados por ellos "autonomía".¹² La autonomía reclamada, producida día a día, y vivida sin permiso, es quizás el fruto más importante de la revolución del EZLN. Fruto no sólo para sus comunidades base, sino también para muchas comunidades a lo largo y ancho de todo México.

4. Algunas enseñanzas de Fanon

Escribe Frantz Fanon estas palabras que se aplica a los pueblos indígenas mexicanos neocolonizados:

Para el pueblo colonizado, el valor más esencial, por ser el más concreto, es primordialmente la tierra: la tierra que debe asegurar el pan y, por supuesto, la dignidad. Pero esa dignidad no tiene nada que ver con la dignidad de la "persona humana". Esa persona humana ideal, jamás ha oído hablar de ella.¹³

11 Esteva, Gustavo, "La revolución que está en marcha", Conversación con *Conspiratio* 07, septiembre-octubre, México, 2010, p. 45.

12 Ameglio, Pietro, "Pensar en Voz Alta. 27 y 17: génesis y grito de dignidad zapatista", en *Conspiratio* 04, marzo-abril, México, 2010, p. 14.

13 Fanon, Frantz, *Los condenados de la tierra*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 38-39.

Esto trae a mi memoria aquello que me escribió hace algunos años Arturo Paoli, siempre con su provocación religiosa, me previno frente a las abstracciones sobre la dignidad de la persona: "Piensa siempre en un campesino, en un indio otomí, que virtualmente son hijos de Dios, son más grandes que todo el firmamento diría Pascal, pero es como si la sociedad los hubiera encubierto de barro, encadenados, reducidos a la impotencia".¹⁴

El levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), fue por la tierra y la dignidad. La tierra que no sólo da sustento material sino también permite el desarrollo de la comunidad y el mantenimiento de la identidad. A partir de entonces, pueblos y comunidades indígenas de México, siguen en su lucha por la tierra, cuando menos por conservar lo que les queda frente a los embates de la *reforma agraria de mercado* que se ha implementado.

Esa dignidad se va afirmando con su propuesta de valores culturales contrahegemónicos y con la producción de Derecho como pluralismo jurídico. En la resistencia indígena actual, por la experiencia de pluralismo jurídico vivida por pueblos y comunidades de México, a partir de la insurrección del EZLN se ha producido la reconquista de la dignidad, la reafirmación de valores y la reivindicación de derechos.

5. Los Acuerdos de San Andrés: el verdadero Derecho de pueblos y comunidades

Con motivo del levantamiento del EZLN, y con fundamento en la *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, que tiene por objeto precisamente lo que enuncia su título, comenzaron a desarrollarse las mesas de diálogo de San Andrés Sacamch'en entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Gobierno Federal. Y, si bien el diálogo se interrumpió, la primera mesa sobre Derechos y Cultura Indígena, si concluyó y produjo varios documentos suscritos el 16 de febrero de 1996.

El primer documento acordado, convenido por las partes es el *Pronunciamiento conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán a las instancias de debate y decisión nacional*. Su primera parte se denomina "Contexto de la nueva relación". En ella se reconoce "a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho",¹⁵ basándose en su origen histórico, en sus demandas, en la naturaleza pluricultural de la nación mexicana y en lo mandado por el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este instrumento internacional fue suscrito y ratificado por el Estado mexicano, y por lo tanto es normatividad obligatoria de acuerdo a lo mandado por el artículo 133 de la Constitución. Este acuerdo es muy importante por sus alcances jurídicos, pues como señala Cossío: "El

14 Carta de Arturo Paoli, fechada en la comunidad de Bojö, en el Estado Lara, en Venezuela, 28 de abril de 1975 (Archivo personal).

15 Cfr. *Acuerdos sobre derechos y cultura indígena*, Ed. Frente Zapatista de Liberación Nacional, México, marzo de 1997, p. 5.

sujeto histórico, social y político de las reivindicaciones indígenas pasó de ser un ente individual a uno colectivo y, por ende, a partir del último es como deben entenderse las negociaciones de San Andrés, sus resultados y las soluciones jurídicas".¹⁶

La segunda parte de este documento se titula "Compromisos del Gobierno Federal con los Pueblos Indígenas", e inicia con "Las responsabilidades que el Gobierno federal asume como compromisos que el Estado mexicano debe cumplir con los pueblos indígenas en su nueva relación son", y a continuación enuncia y establece el claro contenido de esas obligaciones gubernamentales. Son ocho y están constituidas del tenor siguiente:

1. *Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución General*. Se trata de un compromiso que implica que "El Estado debe promover el reconocimiento, como garantía constitucional, del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas", el cual "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente".¹⁷
2. *Ampliar participación y representación política*. El Estado cumplirá con esta obligación impulsando "cambios jurídicos y legislativos que amplíen la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas" y esto, entre otras cosas, debe llevar "al reconocimiento de derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas[...]"¹⁸

El compromiso 3, lo escribimos completo, por tratarse de una materia estrictamente jurídica:

3. *Garantizar acceso pleno a la justicia*. El Estado debe garantizar el acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del Estado Mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos, y que mediante procedimientos simples, sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.¹⁹

De los cinco compromisos restantes establecemos los enunciados solamente: 4. *Promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas*; 5. *Asegurar educación*

16 Ramón Cossío, José, "Análisis Jurídico de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar", en *Folios de Este País, Este País. Tendencias y Opiniones* N° 86, mayo, México, 1998, p. 5.

17 *Acuerdos sobre derechos y cultura...* Op. Cit. p. 6.

18 Ibid.

19 Ibid.

y capacitación; 6. Garantizar la satisfacción de necesidades básicas; 7. Impulsar la producción y el empleo; y 8. Proteger a los indígenas migrantes.

La Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), creada por la propia *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, integrada por miembros del Congreso de la Unión, presentó hacia fines de 1996, a la consideración del Ejecutivo, un proyecto de reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en la que se traducían legalmente los acuerdos que sobre la autonomía de los pueblos indígenas se había llegado en la primera mesa de San Andrés. Fue hasta principios de diciembre del 2000, que el Presidente de la República Vicente Fox Quesada, sometió al Constituyente Permanente la postergada Iniciativa de Reforma Constitucional de la COCOPA; pero se aprobaron unas reformas a la Constitución en materia indígena, distintas a las de la propuesta. La Reforma constitucional se publicó en el *Diario Oficial* en su edición de 14 de agosto de 2001.

Los voceros y asesores del EZLN y del Congreso Nacional Indígena repudieron la Reforma Constitucional por considerarla no sólo insuficiente, sino incluso, en algunos aspectos, contraria a los intereses de los pueblos indígenas.

Ante esto: ¿Qué ha sido de los *Acuerdos de San Andrés Larráinzar o Sacamch'en?* En la actualidad ¿los *Acuerdos de San Andrés*, constituyen letra muerta? ¿Son simple referencia anecdótica que formó parte de un proceso político? ¿Vienen a ser sólo parte del grande cúmulo de frustraciones de los pueblos indígenas mexicanos?

Los *Acuerdos de San Andrés* están vivos, más vivos que nunca, y en cierto sentido constituyen juridicidad ya que son Derecho. No pertenecen al pasado, son actuales en la vida de los pueblos y comunidades indígenas.

Veamos de qué modo están presentes y cómo es que son Derecho. Me referiré a hechos concretos. En octubre de 2005, en Pueblo Hidalgo, Guerrero, se celebró el décimo aniversario de la Policía Comunitaria –primer organismo de la Experiencia Comunitaria de Seguridad y Justicia de la Montaña y Costa Chica de Guerrero–, y con ese motivo, los pueblos *Me Phaa, Na Savi, Nahuatl y Ñomdaa*, junto con la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias y el Comité Ejecutivo de la Policía Comunitaria, hicieron pública la *Declaración*, la cual, entre otras cosas, dice:

Se necesita enriquecer las experiencias comunitarias orientadas a conocer y poner en práctica los *Acuerdos de San Andrés*. Nuestro sistema es producto de ejercer la libre determinación de los pueblos y se fundamenta en los *Acuerdos de San Andrés*; los cuales debemos seguir considerando en nuestra región y ampliarlos a partir de nuestras propias experiencias, lucha y resistencia.²⁰

20 Declaración del 10 Aniversario del Sistema de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación Comunitaria, Pueblo Hidalgo, Guerrero a 15 de octubre de 2005.

A mayor abundamiento, una de las mesas de trabajo y reflexión que se celebraron en ese evento del décimo aniversario de la Policía Comunitaria, trató de los *Acuerdos de San Andrés*. Y en esa Mesa 1, respondiendo a la pregunta “¿cómo puede crecer la justicia y seguridad comunitaria sin reconocimiento constitucional al derecho de los pueblos?”, entre otras cosas se respondió: “Es importante aplicar los *Acuerdos de San Andrés* por la vía de los hechos y eso sería la mejor manera de respetarlos[...] Es fundamental dar a conocer los *Acuerdos de San Andrés* a través de las propias lenguas maternas de las comunidades, realizar talleres para darlos a conocer y que sus integrantes se apropien de ellos[...].”²¹

Otro hecho contundente ha sido, precisamente, el XVI Encuentro de Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI), celebrado del 13 al 16 de febrero de 2006, en la Huasteca Potosina, en la Parroquia de “San Miguel Arcángel” de Tancanhuitz (canoas de flores amarillas), San Luis Potosí, con la participación de miembros de los siguientes pueblos: *Nahuatl, Me'pha (Tlapanaco), Txeltal, Chol, Zoque, Chontal, Purepecha, Hñahñu, Nñathró, Ñnu'hei, Ñuh Sabi (Mixteco), Cuicateco, Mazahua, Quechchi, Ay', Ukjáyé (Mixe), Tenec, Ni'nguiva (Popoloca), Totonaco, Matlazinca, Amuzgo, Cha't', Ña'n (Chatino), Mazateco, Chinanteco, Xi'iuy (Pame), O'dame (Tepehuan) y Kaqchikel (de Guatemala)*, tuvo como objetivo la toma de conciencia de los derechos que les corresponden a los pueblos indígenas. En su *Mensaje Final* se dice: “Mucho nos alegra saber que los *Acuerdos de San Andrés*, aunque no se hicieron ley, sí expresan de manera sustancial *lo que es nuestro*, por lo mismo, los asumimos como norma fundamental de nuestra vida comunitaria, pues nuestros derechos son más que *lo que está escrito en las leyes*”²¹

Esta afirmación es producto de lo trabajado y dicho en las distintas mesas. Los *Acuerdos de San Andrés* constituyen la base de las relaciones jurídicas de pueblos y comunidades, de su Derecho. Tuve oportunidad de participar de los trabajos del EAPI-2006, de tal modo que, como abogado y estudiante del Derecho, quedé impresionado de la presencia tan fuerte de los *Acuerdos de San Andrés* en la juridicidad viva, objetiva, real, de los pueblos y comunidades indígenas.

Otro ejemplo más de la vigencia de los *Acuerdos de San Andrés* lo constituye el *Manifiesto de Ostula*, sin duda el documento más importante producido en el año 2009 por la lucha de los pueblos indígenas mexicanos. El *Manifiesto de Ostula* es fruto de la XXV Asamblea plenaria del Congreso Nacional Indígena, Región Centro-Pacífico, realizada en territorio indígena de la costa Nahua de Michoacán; fue dado el 14 de junio de 2009 en la Comunidad de Santa María de Ostula, Aquila; los y las representantes de los pueblos *Nahua, Wixárika, Purepecha, Binniza, Hñahñuu, Coca, Tzeltal, Ñu Sabi y Rarámuri*, expresaron: “Reafirmamos nuestro reconocimiento a los *Acuerdos de San Andrés*, como Ley Suprema y Constitución de los Pueblos Indígenas de México”²²

Quizás la mejor explicación de este hecho, de esta realidad jurídica de *Derecho que nace del pueblo*, la encontramos en algunos conceptos vertidos en la *V Declaración de la Selva Lacandona* del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, de 17 de julio de 1998. Esta considera que en la reunión de San Andrés “la voluntad de todos los pueblos indios [...] se hizo colectiva[...]”.²³

De tal modo, que los *Acuerdos de San Andrés* están vivos en la memoria histórico-jurídica de los pueblos indígenas como una “voluntad colectiva” participante en la reivindicación de su autonomía, y también como recuerdo de una traición, la de las autoridades del Estado. Además, esos *Acuerdos* están presentes como las normas básicas de su organización interna y como criterios jurídicos inspiradores de su juridicidad; son derechos fundamentales de pueblos y comunidades.

6. El caminar del Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI)

Desde 1990, cuatro años antes del levantamiento del EZLN, se inició un proceso indígena en México, llamado Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI). Se trata de un movimiento con motivación religiosa, pero con autonomía de las instancias institucionales de la Iglesia. Se inspira en la Teología india. Está formado o participan en el mismo varias comunidades, esto es muchos laicos y laicas, además de religiosos, religiosas y sacerdotes. Tuvo el apoyo de varios obispos.

A quienes sólo conocen la religiosidad urbana y la organización eclesial mestiza actual, es necesario explicar algunos aspectos de la religiosidad indígena y de su organización y funcionamiento. Sólo así se comprenderá en toda su importancia el EAPI, que cada vez más es un EPI, es decir, un *encuentro de pueblos indígenas*.

En pueblos y comunidades indígenas han sobrevivido las *cofradías* como *mayordomías*. Esto es, una organización medieval, originariamente impuesta, por motivos de evangelización y difusión de la fe católica por la Iglesia novohispana y, que pueblos y comunidades la adaptaron a sus necesidades y cosmovisión. Hoy pervive y fortalece la autonomía indígena. Luis Arturo García sostiene que: “Estas organizaciones configuran la autonomía de muchos pueblos, pues las cofradías fueron un elemento que permitió recuperar y apropiarse de elementos religiosos, políticos, geográficos y sociales”.²⁴

La *mayordomía* “es una costumbre religiosa que es celebrada en poblaciones, especialmente con arraigo indígena”,²⁵ que conserva muchos elementos de la cofradía,

23 EZLN, *Documentos y Comunicados* 4, Ed. Era, México, 2003, pág. 229.

24 Arturo García, Luis, “Espiritualidad cristiana en la Revolución”, en *Christus, Teología, Ciencias Humanas y Pastoral*, No. 779, julio-agosto, México, 2010, p. 32.

25 Méndez García, Porfirio, *Servir al mundo indio en su religiosidad. Experiencia y propuesta de evangelización desde la Mayordomía*, San Ildefonso, Hdo., Ed. U'ene, 2001, p. 19.

pues derivó de ella. Esta religiosidad indígena se desarrolló integrando diversos elementos culturales “como los ritos agrícolas de origen prehispánico y las fiestas del Santoral Católico, las apariciones y otras expresiones de religiosidad”.²⁶ Porfirio Méndez escribe:

En los comienzos del siglo XVII, cuando los indígenas estaban diezmados y desorganizados por la dominación a la que habían sido sometidos, la cofradía dio cierta cohesión a sus comunidades; con lo cual pudieron mantener sus tradiciones. De esta forma, se podría decir, que la cofradía ayudó a reforzar la seguridad espiritual y la identidad colectiva de las comunidades indígenas.

Los indígenas supieron aprovechar el espacio que ofrecía la cofradía, pues se trataba de una institución aceptada por los “cristianos”. Además, los indígenas adaptaron, poco a poco, esta institución a sus costumbres. Por ejemplo, como en las sociedades indígenas, existe un gran sentido comunitario, la mayoría de la población participaba en la cofradía; con esto, la cofradía ayudó a reforzar los vínculos comunitarios que se habían debilitado.

Las comunidades indígenas cada vez más tomaron el control de las cofradías, por ejemplo, no recurían al juez eclesiástico de la jurisdicción; no permitían que el cura interviniera en su organización, ni que tocara los santos e imágenes; tampoco admitían que remplazara al santo Patrón, ni que supervisara las procesiones; e incluso le disputaban el derecho de elegir fiscales. Ahora bien, como varias cofradías de indios no estaban erigidas legalmente, y muchas no informaban al cura, tenía que permanecer en la clandestinidad.²⁷

Porfirio Méndez hace notar que en varios casos los bienes de la comunidad se confundían con los de las cofradías, lo que es explicable por el sentido comunitario de estas sociedades.²⁸ Las *cajas de comunidad*, que eran parte de la comunidad indígena, de acuerdo a su organización social mandada por el régimen español, eran una institución con la que se formaba “un fondo común con los ahorros de los pueblos para atender a sus propias necesidades, especialmente las de carácter municipal y las del culto religiosos[...]”.²⁹ De donde proviene parte de la confusión.

De acuerdo a un mandato del Rey Felipe III, dado en Aranjuez el 25 de mayo de 1600, se ordenó a las cofradías que para ser fundadas requerían de licencia del Rey, de conformidad con ministros reales y el obispo.³⁰ De tal modo que la inmensa mayoría de las cofradías de indios funcionaban de hecho y no de derecho, pues no tenían la

26 García, Op. Cit., p. 32.

27 Méndez Op. Cit., pp. 67 y 68.

28 Cfr. Méndez, Op. Cit., p. 69.

29 Lamas, Adolfo, *Seguridad Social en la Nueva España*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964, p. 60.

30 Ley XXV, Título IV, Libro I de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Ediciones Cultura Hispánica, facsímil de la de Julián Paredes (1681), Madrid, 1973, p. 20.

aprobación real. Esas cofradías sin aprobación, fueron dejadas a fines del siglo XVIII como “devociones, obras pías y mayordomías”.³¹ De esta manera, en las comunidades indígenas surgen las mayordomías. Explica Méndez:

La palabra “mayordomo”, independientemente de su raíz etimológica, designaba, en su práctica socio-religiosa, a la persona responsable de los bienes de una cofradía o al que se encargaba de la fiesta de su santo, también calificaba al administrador de la propiedad comunal. Dicho hombre, con el tiempo, señaló al encargado de la mayordomía.

En las comunidades indígenas la tarea del mayordomo se incorporó al sistema global de servicios, con implicaciones políticas y religiosas. Por esta razón, le encomendaban una mayordomía, por uno o más años, a quien ya había prestado a la comunidad otros servicios; al mayordomo irresponsable lo destituían.

La mayordomía ha sido una institución que ha permitido a los indígenas conservar sus tradiciones religiosas y les ha favorecido para continuar compartiendo comunitariamente los bienes, como lo hacían en la antigüedad.³²

Ya que los indígenas hicieron de las cofradías (mayordomías), espacios de resistencia para sus comunidades, estas instituciones sociales y religiosas sobreviven hasta nuestros días y gozan de cabal salud. El EAPI, es por ello, un espacio importante de autonomía y encuentro indígena, por los derechos de los pueblos, su identidad y su dignidad, pues en el trasfondo religioso está el funcionamiento de las mayordomías, y lo religioso implica integralmente la vida de la comunidad.

El EAPI se reúne una vez al año en una gran asamblea en la que participan representantes de diversas comunidades. Esos representantes llevan a la asamblea la voz de sus pueblos, ya que durante el año la temática que tratará la asamblea se estudia y discute en las propias comunidades. Participan en esas asambleas alrededor de trescientas personas, representantes de muchos pueblos y lenguas; así por ejemplo, y para dar una idea, en la asamblea del EAPI, celebrada del 28 al 31 de enero de 2008, en Ayutla de los Libres, Guerrero, participaron 237 representantes de diecisiete lenguas diversas, además del español.

La temática tratada ha sido muy variada. La de los tres últimos años con tópicos íntimamente relacionados con los derechos humanos, abordando la temática de una manera integral. Así en 2008, en Ayutla de los Libres, el tema tratado fue: “Economía Comunitaria indígena: camino de vida digna”; en 2007, en San Gabriel Chilac, Puebla, se abordó el tema “Nuestra Madre Tierra: Equilibrio y armonía del pueblo, manantial amenazado”; en 2006, en Tancanhuitz, San Luis Potosí, el objetivo fue “Tomar conciencia de los derechos que nos corresponden como pueblos y como personas”.

31 Méndez, Op. Cit., p. 69.

32 Ibid, p. 70.

Pues bien, ya en abril de 1994, en la cuarta asamblea del EAPI, a tres meses y días del levantamiento zapatista, celebrada en la comunidad nahua de Xalpatláhuac, Guerrero, de la diócesis de Tlapa, el tema abordado fue “Derechos Fundamentales Indígenas”.

Cuentan en la memoria del Encuentro, que al prepararlo se dieron cuenta que “en nuestros idiomas no existen palabras para expresar esta realidad: los derechos. Cómo expresarlos: es *lo nuestro, el respeto a lo nuestro*”.³³

Agrupan los *derechos fundamentales indígenas* en seis aspectos: derecho a la cultura propia y diferente, derecho a ser pueblo, derecho a poseer un territorio, derecho a la libre determinación, derecho a leyes propias y derecho a una religión propia.

Encuentran que esos derechos están, de algún modo, reconocidos en el artículo 4º de la Constitución Mexicana, en virtud de un primer párrafo añadido en 1992 en donde se dio un cierto reconocimiento a derechos culturales de los pueblos, y que hoy ya no se encuentra vigente por otras reformas a la Constitución en materia indígena. Citaron también, en su apoyo, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del trabajo (OIT), suscrito por el Estado mexicano. Curiosamente también citan como parte de los “apoyos legales” a sus derechos, al párrafo 251 de los Documentos de Santo Domingo, aprobados por el Episcopado Latinoamericano –aquí lo interesante es que un documento eclesial lo asumen como derecho objetivo, como norma–.³⁴

Tomo del resumen de este Encuentro de 1994, los siguientes párrafos que demuestran el despertar de la conciencia y el comienzo en el proceso de asumirse como sujeto histórico, creador y reclamante de derechos, en cuanto que pueblos indígenas.

El tema de esta quinta reunión fue “*El respeto a lo nuestro*”. “*Los Derechos Fundamentales Indígenas*” que tuvo como objetivo: “Tomar conciencia de lo nuestro para respetarlo y exigir que lo respeten”, abordando 6 temáticas fundamentales: Cultura, Pueblos, Territorio, Libre determinación, Derecho Indígena y religión.

El tema central que se abordó en el primer día fue: los derechos indígenas. Se analizaron las formas de administración de justicia entre las autoridades indígenas y las diferencias que existen con las autoridades municipales y el poder judicial. Para los pueblos indígenas

33 Memoria del Quinto Encuentro del Enlace de Agentes de Pastoral Indígena “Respeto a lo Nuestro. Derechos Fundamentales Indígenas”. Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, Xalpatláhuac, Guerrero, 18-22 de abril de 1994, p. 4.

34 Promoción Humana de las Etnias. 251. Para una auténtica promoción humana, la Iglesia quiere apoyar los esfuerzos que hacen estos pueblos para ser reconocidos como tales por las leyes nacionales e internacionales, con pleno derecho a la tierra, a sus propias organizaciones y vivencias culturales, a fin de garantizar el derecho que tienen de vivir de acuerdo con su identidad, con su propia lengua y sus costumbres ancestrales, y de relacionarse con plena igualdad con todos los pueblos de la tierra. *Conclusiones de la IV Conferencia General del Episcopado Latinoamericano*.

la justicia tiene que ver más con el restablecimiento de las relaciones dañadas, recurriendo al diálogo y buscando siempre la reconciliación entre las partes. La asamblea y “los principales” juegan un papel fundamental para la toma de decisiones que incumben a la comunidad. Para la autoridad municipal (con excepciones, como en algunos lugares de Oaxaca, donde los municipios los administran los pueblos indígenas) y el poder judicial, la justicia forma parte del valor de cambio, no hay justicia si no hay dinero de por medio, es decir no hay justicia si esto no supone un acto de injusticia.

Religión, Derecho Indígena, Territorio, Pueblos, Cultura y Libre determinación fueron los temas que se trabajaron en el segundo día. Se discutió la necesidad que hay entre las comunidades indígenas de asumirse como pueblos, en lugar de definirse como grupos, etnias, naciones o nacionalidades, porque es lo más apropiado a la realidad indígena del país y porque responde más a las reivindicaciones históricas de estos pueblos: Territorio, recursos naturales, historia, lengua, religión, derechos primordiales, etc.

El territorio fue la otra categoría de análisis que se discutió y se vio que es la que mejor define y defiende los derechos de los pueblos indígenas. El territorio habla de toda la vida del pueblo y de todos sus bienes: tierra, recursos naturales, economía, organización social, organización política, educación, lengua, religión, etc.

Se planteó la necesidad de hacer realidad la libre determinación de los pueblos, de exigir el respeto a todas las formas de organización comunitaria, a la elección de sus autoridades, a sus decisiones y convicciones políticas. “Nuestro compromiso es con lo nuestro, por eso nuestra lucha emprendida es por el respeto a nuestros derechos como pueblos y como individuos; por la recuperación de nuestra dignidad como personas libres y como hijos privilegiados del Dios de la vida”.³⁵

En el encuentro del EAPI de 2006, en Tancanhuitz, cuyo objetivo dijimos que era la “conciencia de los derechos que nos corresponden”, de nueva cuenta se toma como base legal de esos derechos el *Convenio 169* de la OIT, y de la Constitución Mexicana el artículo 2, en el cual se plasmó la reforma constitucional de 2001 en materia indígena, y otros; se dice que si se aplicaran eficientemente “ayudarían a nuestros pueblos”, “pero la mayoría son letra muerta”, agregan. Y se hace una revalorización de los *Acuerdos de San Andrés*,³⁶ según hemos dejado constancia.

La ecología fue el tema del XVII Encuentro de EAPI, de San Gabriel Chilac, en 2007. Trató, como dijimos, de “Nuestra Madre Tierra”. Se sostuvo la existencia de *derechos de la Madre Tierra*, aunque esta expresión suene sin sentido en la tradición jurídica dominante. Pero los pueblos indígenas tienen una valorización distinta, tienen el sentido de coexistencia: la vida nos viene de la tierra, somos hijos de ella, de ahí derivan los derechos de la tierra.

35 Memoria del Quinto... Op. Cit., pp. 69-72.

36 Mensaje Final del XVI Encuentro del Enlace de agentes de Pastoral Indígena, Tancanhuitz (Canoa de flores amarillas), San Luis Potosí, 13-16 de febrero de 2006.

De este Encuentro destaco dos párrafos del Mensaje Final; uno referido a la Madre Tierra y otro al Derecho. Con relación a la Madre Tierra, se dice:

Y la vimos triste: la hemos enfermado de cáncer, nosotros y los otros, pues la hemos vuelto mercancía y por el dinero Dios de la ganancia, la desnudamos al permitir la erosión, la tala de bosques [...] la ensuciámos haciéndola basurero [...] le sacamos sus entrañas, las minas, el petróleo, la consideramos mercancía, la prostituimos, la sepultamos viva en la selva del asfalto y del cemento.³⁷

Lo que se dice con relación al Derecho, demuestra la conciencia jurídica que se va encontrando:

Además supimos que las leyes hechas por los poderosos y también interpretadas y aplicadas por ellos según sus conveniencias, son más chicas que el derecho y que, como las víboras solo envenenan y matan a los descalzos; pero también vimos sus dos caras y entendimos que también con ellas podemos y debemos exigir el respeto a lo nuestro.³⁸

Por otro lado, los derechos económicos están implícitos en lo tratado por la asamblea plenaria del EAPI XVIII que trató de la economía comunitaria indígena, amenazada, como la Madre Tierra, por la sociedad economicista y tecnócrata neoliberal. Destaco un párrafo del Mensaje Final:

Nos amarramos al ayer luminoso porque queremos un mañana, un amanecer esperanzador y nos regresamos prometidos a fortalecer la economía familiar y comunitaria, a valorar nuestros propios productos, a fortalecer el uso de cosas naturales y no desechables, la agricultura orgánica y los servicios que ayudan a fortalecer nuestro pueblo; a fortalecer el tianguis y el trueque, según la lucha y triunfo de nuestros hermanos: Nahuas y Ocuiltecas del Valle de Toluca, Santiago Tianguisteco, por su resistencia a un precio de mártires, a la economía dominante agresiva, deshumanizante y destructora de los valores de la vida e instrumento de la anticultura de la muerte cuyo dios es el lucro.³⁹

El XIX EAPI, realizado en Tehuipango Veracruz del 9 al 13 de febrero de 2009, trató del tema “El sagrado maíz: Origen, Vida y Esperanza de nuestros Pueblos”. En relación con el aspecto jurídico las parroquias, comunidades y los EAPI regionales trabajaron con las preguntas “¿Qué programas y leyes reconocen y favorecen nuestra cultura y nuestra alimentación?” Ya en el desarrollo de la asamblea anual del EAPI, en la iluminación, se dio cuenta del reconocimiento en los tratados internacionales, obligatorios para México, del *derecho humano a la alimentación adecuada*, que está consagrado especialmente en el

37 Memoria del XVII Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, *Nuestra Madre Tierra: equilibrio y armonía del pueblo, manantial amenazado*, San Gabriel Chilac, Puebla, 5-9 de febrero de 2007, p. 43.

38 *Ibidem*

39 Memoria del XVIII Encuentro nacional de Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, *Economía Comunitaria Indígena: camino de vida digna*, Ayutla de los Libres, Guerrero, 28-31 de enero de 2008, p.97.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; también se habló que ese derecho a la alimentación está implícito en los artículos 123 frac. VI y 25 de la Constitución General de la República y explícito para los niños y las niñas en el Art. 4º párrafo sexto de ese mismo ordenamiento legal.

Pero también se tomó conciencia de que el neoliberalismo se ha plasmado en algunas leyes que contradicen ese *derecho humano a la alimentación adecuada*, tales como: la reforma constitucional al Artículo 27, la nueva Ley Agraria y el Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares (PROCEDE), que tiende a la privatización de la tierra; la privatización de los saberes campesinos tradicionales, con leyes tan peligrosas para la cultura del maíz como la *Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados* (2005) que abre la puerta al maíz transgénico, la *Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas*, que favorece a las empresas transnacionales semilleras (Monsanto, Cargill, Pionner, Novartis) y la *Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos* (2008). Ante esto, se insistió en la necesidad de fortalecer la comunidad como una estrategia de resistencia. Al fortalecerse la comunidad, se hace fuerte la voluntad comunitaria y existe más capacidad de defender el territorio.

El XX Encuentro Nacional de EAPI, se celebró en Chilapa, Guerrero, del 22 al 25 de febrero de 2010; el tema fue “Agua: Manantial de Vida”. Las preguntas relacionadas con lo jurídico que trabajaron las comunidades y los Encuentros regionales, fueron: “¿Qué derechos y obligaciones tenemos en relación al uso del agua? Y ¿Qué leyes defienden o amenazan nuestros derechos al agua?”.

En la iluminación, en el Encuentro Nacional, se destacó que los *derechos humanos* son, entre otras cosas, necesidades humanas que el Derecho –las leyes–, deben satisfacer; por eso son el *respeto a lo nuestro*. Y, como el agua es necesaria para nuestra vida, es por lo tanto un derecho. Como pueblos y como personas, tenemos derecho al agua, nos corresponde, es nuestra, y debe ser respetada. Se vio como el *derecho al agua* es de todos, está reconocido por leyes internas del Estado mexicano, como el Art. 27 constitucional, que establece que las aguas originalmente pertenecen a la Nación, y da protagonismo al Estado para defender el agua como *cosa común*; el Art. 4º de la propia Constitución; la *Ley de Aguas Nacionales*; y la *Ley Agraria* (Arts. 52-55), que establece incluso la posibilidad de restituir las aguas usurpadas (Art. 49). Se destacó, especialmente, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales*, obligatorio para México, que por la *Observación General No. 15* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, reconoce el *derecho al agua*, y lo define como: “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Se tomó conciencia que el *derecho humano al agua* es un *derecho de solidaridad*: los titulares no son propietarios del recurso, sino simplemente usuarios del mismo, con derechos y obligaciones respecto a su sustentabilidad, considerando incluso a las generaciones futuras.

Y también se tomó conciencia que este derecho al agua es obstaculizado por el negocio del agua, que es uno de los más rentables y lucrativos; la comercialización del agua se encuentra en manos de grandes compañías multinacionales y de entidades como el Consejo Mundial del Agua, el Banco Mundial del Agua, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. La *Ley de Aguas Nacionales*, al permitir las concesiones de agua permite la privatización y mercantilización del vital líquido.

El EAPI es un movimiento indígena, formado por pueblos y comunidades de diversas tradiciones, culturas y lenguas, originarios de diversos lugares de México, que en torno a lo religioso, va adquiriendo cada vez más conciencia de sus derechos, algunos reconocidos por las leyes del Estado, pero ineficaces, y otros reivindicados que surgen de sus propias necesidades, y unos y otros motivos de lucha por su concretización real.

Por todo lo anterior, considero que el EAPI ha aportado mucho al proceso de reivindicación de pueblos y comunidades indígenas, especialmente en lo que se refiere a la dignidad, la autonomía y la conciencia jurídica; esta última, por lo que ve a la reappropriación del poder normativo (pluralismo jurídico), al uso beneficioso de la normatividad del Estado (uso alternativo del Derecho) y el rechazo de las leyes que pueden destruir sus condiciones materiales de vida.

7. Bibliografía

- Acuerdos sobre derechos y cultura indígena, Ed. Frente Zapatista de Liberación Nacional, México, marzo de 1997.
- Carta de Arturo Paoli, fechada en la comunidad de Bojö, en el Estado Lara, en Venezuela, 28 de abril de 1975 (Archivo personal).
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coordinador), *Pluralismo Jurídico, Teoría y Experiencias*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2007.
- Declaración del 10 Aniversario del Sistema de Seguridad, Justicia y Proceso de Reeducación Comunitaria, Pueblo Hidalgo, Guerrero a 15 de octubre de 2005.
- Esteva, Gustavo, “La revolución que está en marcha”, Conversación con *Conspiratio*, en *Conspiratio* 07, México, septiembre-octubre, 2010.
- EZLN, *Documentos y Comunicados* 4, Ed. Era, México, 2003.
- Fanon, Frantz, *Los condenados de la tierra*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- García, Luis Arturo, “Espirituallidad cristiana en la Revolución”, en *Christus*, Teología, Ciencias Humanas y Pastoral, No. 779, julio-agosto, México, 2010.
- Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Lamas, Adolfo, *Seguridad Social en la Nueva España*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964.

Ley XXV, Título IV, Libro I de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Ediciones Cultura Hispánica, facsimilar de la de Julián Paredes (1681), Madrid, 1973, p. 20.

Manifiesto de Ostula, en *Rebeldía* 66, 2009.

Méndez García, Porfirio, *Servir al mundo indio en su religiosidad. Experiencia y propuesta de evangelización desde la Mayordomía*, San Ildefonso, Hdo., Ed. U'ene, 2001.

Memoria del Quinto Encuentro del Enlace de Agentes de Pastoral Indígena “Respeto a lo Nuestro. Derechos Fundamentales Indígenas”. Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, Xalpatláhuac, Guerrero, 18-22 de abril de 1994.

Mensaje Final del XVI Encuentro del Enlace de agentes de Pastoral Indígena, Tancanhuitz (Canoa de flores amarillas), San Luis Potosí, 13-16 de febrero de 2006.

Memoria del XVII Encuentro de Agentes de Pastoral Indígena, *Nuestra Madre Tierra: equilibrio y armonía del pueblo, manantial amenazado*, San Gabriel Chilac, Puebla, 5-9 de febrero de 2007.

Memoria del XVIII Encuentro nacional de Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, *Economía Comunitaria Indígena: camino de vida digna*, Ayutla de los Libres, Guerrero, 28-31 de enero de 2008.

Pietro, Ameglio, “Pensar en Voz Alta. 27 y 17: génesis y grito de dignidad zapatista”, en *Conspiratio* 04, México, marzo-abril, 2010.

Ramón Cossío, José, “Análisis Jurídico de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar”, en *Folios de Este País, Este País. Tendencias y Opiniones* N° 86, mayo, México, 1998.

Wolkmer, Antônio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006.

Jurisprudencia comentada de la Corte Constitucional del Ecuador: Caminando al pluralismo jurídico en el Ecuador

La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Comentarios a la sentencia N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP “La Cocha” (Acción Extraordinaria de Protección).
Alcances de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Argumentos respecto del voto salvado en la sentencia N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP “La Cocha”.

Comentarios a la Sentencia N° 004-14-SCN-CC , caso N° 0072-14-CN Waorani – Taromenane.
Marcando el paradigma intercultural de justicia.

Comentarios a la Sentencia N° 006-14-SCN-CC, dictada dentro del caso No. 0036-10-CN y 006-11-CN acumulados. Consulta de Norma

La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Secretaría Técnica Jurisdiccional¹

Sumario

1. Aproximación a los parámetros de interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador – 1.1 El reconocimiento de la diversidad étnico-cultural y el inicio de la perspectiva intercultural en la jurisprudencia de la Corte Constitucional – 1.2 La jurisprudencia de la primera Corte Constitucional del Ecuador y la aplicación de una interpretación intercultural en casos que involucren a pueblos indígenas no contactados. – 2. Reflexiones Finales – 3. Bibliografía

Resumen

Este artículo aborda las características de *interculturalidad* y *plurinacionalidad* del Estado ecuatoriano, que comportan el respeto a la diversidad y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas y su vinculación con el precedente constitucional. Para alcanzar este fin, se analiza de qué manera la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia ha demostrado su compromiso con los derechos de los pueblos originarios con objeto de que dichos grupos reciban el tratamiento justo y equitativo que merecen dentro de la sociedad ecuatoriana. De esta manera, la Corte Constitucional observando los principios de protección a los pueblos indígenas desarrollados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, ha aplicado una interpretación intercultural en el análisis y resolución de casos concretos sometidos a su conocimiento. Asimismo, a través del precedente jurisprudencial la Corte Constitucional ha sentado las bases para la aplicación de la referida interpretación intercultural en las causas cuyo conocimiento corresponde a los jueces inferiores.

1 Dependencia de la Corte Constitucional del Ecuador que por mandato legal es uno de los órganos de apoyo de conformidad con lo previsto en los artículos 188, numeral 7 y 201 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Palabras claves:

Plurinacionalidad, interculturalidad, parámetros, diversidad, cultura.

Introducción

El artículo 1 de la Constitución de la República define al Ecuador -entre otros adjetivos- como un Estado *intercultural* y *plurinacional*, características que comportan el reconocimiento de la coexistencia junto a la mayoría mestiza de diversos grupos étnico-culturales, tales como los pueblos afroecuatorianos, montubios e indígenas. Estos últimos, también denominados pueblos originarios o ancestrales, constituyen el segundo grupo étnico cultural más grande después de los mestizos, conformando aproximadamente 18 pueblos, 14 nacionalidades y cientos de comunidades o micronacionalidades indígenas, según datos del Consejo Nacional de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE).²

En este escenario, vale señalar que la autodenominación de “nación” o “nacionalidad” propia de los pueblos originarios, hace referencia esencialmente a un determinado grupo social portador de una cultura específica, de una especial cosmovisión del mundo, una forma de organización social y política particular y que posee la misma lengua. De ahí que, sobre la base de la coexistencia dentro del territorio ecuatoriano de varios grupos que comparten estas características, el Ecuador ha sido definido por la Norma Fundamental como un estado plurinacional.

De otro lado, las relaciones que dichas naciones o nacionalidades establezcan entre sí con objeto de establecer un diálogo entre iguales que reconozca y respete la diversidad en cuanto identidad de cada grupo, configura la denominada interculturalidad. De esta manera, las características de plurinacionalidad e interculturalidad que modelan al Estado ecuatoriano, se complementan, en la medida en que completan sus cualidades mutuamente.

Por estas consideraciones, la Constitución del Ecuador prevé para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, derechos específicos también denominados derechos colectivos encaminados a reconocer las particulares circunstancias y características de este grupo social, respetar su identidad, y en general preservar su cultura. En tal virtud, todas las juezas y/o jueces que forman parte de la Función Judicial, y más aún la Corte Constitucional, frente a su obligación de respetar la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos deben observar las referidas características de plurinacionalidad e interculturalidad del Estado al momento de administrar justicia.

En efecto, el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, constituye el principal ente encargado de aplicar y exigir una interpretación intercultural en todos los casos que involucren a personas o colectivos indígenas. Esto por cuanto, según establece el artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es la suprema instancia de interpretación tanto de la Norma Fundamental como de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, entre los que se encuentra el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ratificado por Ecuador en 1998.³

En esta línea, la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia ha demostrado su compromiso con la garantía de respeto de los derechos de los pueblos y/o nacionalidades indígenas, con objeto que dichos grupos reciban el tratamiento justo y equitativo que merecen dentro de la sociedad ecuatoriana. En este contexto, la Corte Constitucional en el conocimiento y resolución de casos concretos ha procurado la aplicación de los principios que rigen el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos originarios tanto en el marco de protección nacional como internacional.

1. Aproximación a los parámetros de interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Resulta fundamental señalar, que tanto la Corte Constitucional para el período de transición, como la primera Corte Constitucional del Ecuador, han procurado garantizar una aplicación apropiada y efectiva de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad en la sustanciación de los procesos puestos en su conocimiento y relacionados con personas que forman parte de pueblos o nacionalidades indígenas. Así, la Corte Constitucional en el marco de un Estado que reconoce el pluralismo jurídico y garantiza derechos colectivos a grupos étnico-culturales, ha generado importante jurisprudencia acerca del contenido de los derechos de los pueblos originarios.

En este punto, vale resaltar que de conformidad con el artículo 11 número 8 de la Constitución de la República, el desarrollo progresivo de los derechos se lo realiza, entre otras fuentes por la jurisprudencia; de esta manera, el sistema de precedentes de la Corte Constitucional ha configurado no solo la aplicación de la perspectiva intercultural en las causas que conoce y resuelve el máximo órgano constitucional, sino además en las causas cuya resolución corresponde a todos los jueces del país.

2 NACIONALIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS, Y POLÍTICAS INTERCULTURALES EN ECUADOR: UNA MIRADA DESDE LA EDUCACIÓN, EN http://www.mdgfund.org/sites/default/files/nacionalidades_y_pueblos_indigenas_web%281%29.pdf. Página revisada al 14-10-2014.

3 El 24 de abril de 1998, el Congreso Nacional del Ecuador mediante Resolución legislativa publicada en el R.O. 304, aprobó el Convenio No. 169 de la OIT, ratificado posteriormente por el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo No. 1387 publicado en R.O. 311 del 6 de mayo de 1998.

Conviene hacer una pausa, para indicar que conforme prevé el artículo 436 número 6 de la Constitución de la República⁴, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es fuente generadora de derecho objetivo, por lo que sus resoluciones están dotadas de fuerza vinculante más allá del caso concreto. Efectivamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se ha delineado parámetros interculturales de necesaria aplicación en casos que involucren a personas o colectivos indígenas, goza de *fuerza inercial vertical* mediante la cual todas las juezas y jueces están obligados a respetar el precedente emitido por la Alta Corte en materia constitucional, así como de *fuerza inercial horizontal* en tanto la propia Corte Constitucional queda sujeta a sus resoluciones.⁵

Así las cosas, a continuación se presentan algunos de los pronunciamientos relevantes del máximo órgano de administración de justicia constitucional, en que se evidencia la adopción de principios de protección a los pueblos indígenas desarrollados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, y la consecuente aplicación de una interpretación intercultural en el análisis y resolución de casos concretos.

1.1 El reconocimiento de la diversidad étnico-cultural y el inicio de la perspectiva intercultural en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

A partir de la promulgación de la Constitución del Ecuador de 2008, en que se fortalece y amplía el reconocimiento a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, la entonces Corte Constitucional para el período de transición inició con la materialización de la garantía de estos derechos mediante el conocimiento de dos acciones de inconstitucionalidad presentadas el 17 y 31 de marzo de 2009, en contra de la Ley de Minería.

En este orden, los legitimados activos de las acciones de inconstitucionalidad alegaban -entre otros argumentos- que las normas en la Ley de Minería resultaban incompatibles con el principio de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales. Sobre la base de lo señalado, la Corte Constitucional para el período de transición emitió la Sentencia N° 001-10-SIN-CC, dentro de las causas N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), precisando de forma preliminar la importancia de los derechos colectivos, puesto que dotan a los pueblos indígenas de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades distintas, como también respecto de sus propios miembros.

4 Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

5 López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*, (2006), p. 83 ss.

Desde esta perspectiva, a la luz del alcance de los derechos colectivos la Corte Constitucional para el período de transición esclareció la importancia del arraigo hacia el territorio de los pueblos indígenas como una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos.

En tal virtud, la Corte determinó que para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, debe implementar procesos de consulta previa e informada de conformidad con el artículo 57, numeral 7 de la Constitución. Asimismo, dispuso que se deberá adecuar mediante acto normativo las reglas provisionales establecidas por la Corte hasta que el órgano legislativo dicte la norma jurídica que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.

De este modo, en el fallo constitucional descrito la Corte Constitucional para el período de transición, sustentada en normas de derecho internacional que protegen derechos colectivos, desarrolló estándares mínimos para el proceso de consulta previa, con lo que se evidenció el inicial esfuerzo del máximo órgano de justicia constitucional para garantizar la materialización de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad propios del Estado ecuatoriano.

De igual manera, Corte Constitucional para el período de transición sustanció una acción por incumplimiento presentada por los doctores Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Enrique Quizhpe Quizhpe, en sus calidades de rector (e) y procurador (e) de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi, en contra del ex Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP) por incumplir con el artículo 4 de la Ley de Creación de la Universidad Amawtay Wasi⁶ y el artículo 31 de su estatuto orgánico.⁷

6 Ley de Creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “[...] Art. 4.- La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi, para el cumplimiento de sus finalidades, contará con los siguientes centros del saber:
- Centro del Kawsay o de la Vida;
- Centro Ushay - Yachay o de la Interculturalidad;
- Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;
- Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,
- Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones [...]”.

7 Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTAY WASI “[...] Iniciará sus actividades académicas, por medio de los Centros del saber de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTAY WASI, que son unidades organizativas de carácter académico y administrativo que se estructuran en torno a grandes campos de conocimiento y están coordinadas por un Consejo Centro.

Son los siguientes:
a) Centro Ushay - Yachay o de la Interculturalidad;
b) Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;
c) Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,
d) Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones
e) Se excluye al Centro Kawsay o de la vida, pues no contiene trazas de especialización [...]”.

A partir del escenario planteado, la Corte Constitucional para el período de transición dentro de la causa N° 0027-09-AN, emitió el 9 de diciembre de 2009, la Sentencia N° 008-09-SAN-CC, mediante la cual sustentada en los principios contenidos en el Convenio N° 169, determinó en lo principal que, en todos los casos que involucren a individuos o colectividades indígenas es menester la aplicación de parámetros con perspectiva intercultural, señalando los siguientes:

1. *Continuidad Histórica:* Conforme consta en el pronunciamiento de la Corte Constitucional para el período de transición contenido en la Sentencia N°. 0008-09-SAN-CC, este parámetro es fundamental para analizar casos que involucren a pueblos originarios a partir del principio de continuidad histórica, según el cual dichos pueblos a pesar del proceso de colonización conservan su identidad cultural propia como una estructura perfectamente diferenciada de la matriz cultural mayoritaria.

En tal razón, de conformidad con el principio de continuidad histórica los pueblos y nacionalidades indígenas en el transcurso del tiempo y dentro de su territorio ancestral, han practicado y practican aún sus costumbres, tradiciones, normas, organizaciones socio-políticas, nociones filosóficas, lengua y autogobierno comunitario.

Además, este constituye un elemento esencial para identificar a los pueblos indígenas, conforme consta de la letra b) del artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, que señala como pueblos indígenas a aquéllos que desciendan de “poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

En el mismo sentido, Rodolfo Stavenhagen indica que a través del principio de continuidad histórica puede establecerse una línea de secuencia entre la población indígena original y la que actualmente se identifica como descendiente directa de aquella, situación que debe ser considerada por los administradores de justicia para efectos de asegurar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos ancestrales, considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros.⁸

2. *Diversidad Cultural:* Como segundo estándar de interculturalidad la Corte Constitucional para el período de transición, señaló en la Sentencia N°. 008-09-SAN-CC la importancia del principio de diversidad cultural cuyo objeto es esencialmente el respeto y el reconocimiento de las distintas identidades culturales

que coexisten dentro del Estado-nación, es decir, este principio constituye la base fundamental de los atributos de plurinacionalidad e interculturalidad.

Así, de conformidad al pronunciamiento constitucional aludido el principio de diversidad cultural tiene en consideración la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional, procurando alcanzar el auténtico sentido de la interculturalidad que refiere las relaciones armónicas entre los distintos grupos étnico-culturales que coexisten en un mismo espacio territorial.

De lo que se colige que el principio de diversidad cultural se sustenta sobre la base de la existencia de múltiples culturas como prueba indiscutible de la diversidad humana, lo que alude a diferentes modos de explicar la realidad, distintas formas de organizaciones sociales y políticas y múltiples rasgos espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a cada grupo diferenciado.

En esta misma línea, el artículo 4.1 de la Convención para la promoción y la protección de la diversidad de expresiones culturales, define al principio de diversidad cultural, de la siguiente manera:

Se entiende por diversidad cultural la multiplicidad de medios por los que se expresan las culturas de los grupos sociales y sociedades. De las diversas formas revestidas por la cultura a lo largo del tiempo y del espacio emanen la originalidad y la multiplicidad de las identidades y expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad. La diversidad cultural no sólo se manifiesta en las diversas formas en que se protege, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad a las generaciones venideras, sino también en la variedad de expresiones culturales de que son portadores los bienes y servicios culturales en todas partes del mundo, en todo momento, a través de distintos modos de producción, difusión, distribución y consumo.

3. *Interculturalidad:* El tercer estándar o criterio intercultural determinado en la Sentencia N° 008-09-SAN-CC, señala la necesidad de establecer dentro de todo proceso que involucre a personas o colectividades indígenas un diálogo epistémico entre las diversas culturas a partir de una situación de igualdad. Desde este punto de vista, dicho diálogo debe procurar la conciliación de los principios fundamentales propios de los sistemas de valores de cada cultura, es decir, este principio comporta una relación de correspondencia entre las diferentes posiciones culturales evitando que la perspectiva hegemónica transgreda la necesaria situación de igualdad.

Dicho esto vale indicar, que Boaventura de Sousa Santos sostiene que la interculturalidad en tanto refiere a las relaciones entre los distintos grupos étnico-

8 Stavenhagen, Rodolfo. “Los derechos de los indígenas algunos problemas conceptuales.” *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales* 43 (1992): 83-99.

culturales requiere de diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas, considerando esencialmente que todas las culturas son incompletas en su concepción de dignidad y que en tanto incompletas ninguna puede atribuirse la verdad absoluta.⁹

Como corolario de lo anotado, debe mencionarse que el principio de interculturalidad comprende el reconocimiento de que todas las civilizaciones o culturas poseen principios básicos que deben ser respetados por parte de los otros grupos étnico-culturales y que en tanto coexisten dentro de un mismo Estado-nación deben procurar una interrelación armónica que permita a los unos aprender de los otros.

4. *Interpretación intercultural:* Finalmente el cuarto estándar o criterio intercultural sentado en el pronunciamiento de la Corte Constitucional para el período de transición, hace mención a la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas.

Una de las cuestiones que plantea la interpretación intercultural comporta la interpretación de las normas jurídicas en el marco de un Estado con pluralismo jurídico sobre la base del reconocimiento de diferentes funciones y fines sociales de las distintas normas jurídicas en cada contexto socio-cultural. Así, el principio de interpretación intercultural sugiere la posibilidad de utilizar de manera estratégica los recursos del derecho consuetudinario para asegurar la función de justicia para el sujeto o colectivo indígena, considerando las diferencias culturales y buscando conciliar estas con la cultura hegemónica o mayoritaria a la que responde el derecho estatal.

En este punto, cabe puntualizar que la Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia N° 008-09-SAN-CC, con objeto de aplicar un enfoque intercultural en la sustanciación de la garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento, utilizó como referente conceptual las reglas de interpretación desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana frente a diferencias conceptuales y conflictos valorativos de órdenes jurídicos diversos.

Dichas reglas son:

- a. A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía. Esta primera regla establece que, con objeto de que un marco normativo garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de los pueblos indígenas, es necesario distinguir

⁹ Santos, Boaventura. «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos.» *El Otro Derecho* 28, 2002: 59-83.

entre los grupos que conservan sus usos y costumbres de aquellos que no los conservan, debido a que estos últimos, en consecuencia, deben regirse en mayor grado por el derecho estatal.

- b. *Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.* Respecto a esta regla, resulta indispensable anotar que la sujeción a la Constitución y a la ley se extiende para todos los ciudadanos incluidos quienes forman parte de pueblos o nacionalidades indígenas. De este modo, los derechos y garantías de la Norma Fundamental constituyen un 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.
- c. *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.* De acuerdo a esta regla existe un ámbito intangible del pluralismo y de diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, puesto que se atentaría sus derechos y su jurisdicción, no obstante sus usos y costumbres están obligados a respetar las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.
- d. *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.* De conformidad con esta regla se evidencia una consecuencia con los principios de pluralismo y de diversidad, en tanto a través de ella se establece la imposibilidad de sobreponer cualquier norma jurídica a las costumbres de los pueblos indígenas, sin un previo análisis e interpretación intercultural del sistema de valores de dicha cultura.

1.2 La jurisprudencia de la primera Corte Constitucional del Ecuador y la aplicación de una interpretación intercultural en casos que involucren a pueblos indígenas no contactados.

En este orden, los parámetros de interculturalidad desarrollados por la Corte Constitucional para el período de transición, han sido consolidados a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, por la primera Corte Constitucional del Ecuador posesionada ante la Asamblea Nacional el 6 de noviembre de 2012.

Dicho esto, resulta oportuno destacar que la sentencia emitida por la primera Corte Constitucional del Ecuador en que se abordan por primera vez, los derechos de los pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto. Así, este fallo surge frente a una consulta

de norma propuesta por el juez segundo de garantías penales de Orellana con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República,¹⁰ mediante la cual la autoridad jurisdiccional consultó la constitucionalidad del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal.

La norma consultada establece lo siguiente: “Art. ...Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso [...] ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años”. Así, la consulta referida, propuesta por el juez segundo de garantías penales de Orellana, dio inicio al proceso constitucional N° 0072-14-CN, dentro del cual se emitió la Sentencia N° 004-14-SCN-CC, de 6 de agosto de 2014.

La causa por cuya sustanciación se pretendía la aplicación de la norma jurídica consultada, corresponde al proceso penal N° 223-2013, dentro del cual se inició una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio en contra de los miembros de la nacionalidad *Waorani*,¹¹ que aparentemente participaron del asesinato de varios miembros del pueblo Taromenane; por tal razón, el juez segundo de garantías penales de Orellana ordenó en su contra prisión preventiva, como medida cautelar de carácter personal.

En tal sentido, con la finalidad de esclarecer la cuestión descrita, conviene precisar como antecedente que el proceso penal derivó de un conflicto entre el pueblo en aislamiento Taromenane y el pueblo de reciente contacto *Waorani*.¹² Esto por cuanto, miembros de la nacionalidad *Waorani* en razón de una aparente venganza por el asesinato de dos ancianos de la comunidad, irrumpieron en marzo de 2013 en territorio Taromenane, con objeto de dar muerte a varios de sus miembros.

En este contexto, es especialmente importante establecer que la Corte Constitucional en la Sentencia N° 004-14-SCN-CC, contrastó la norma jurídica consultada con el principio de diversidad étnico cultural de los pueblos de reciente contacto, en el marco

10 Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

11 Los *Waorani* son una población indígena del Ecuador amazónico y constituyen una de las catorce nacionalidades indígenas del Ecuador. La denominación *wao* significa “humano”, mientras que *rani*, equivale a la terminación utilizada para el plural. Así, *waorani* puede ser traducido al castellano como “humanos”. Los *Waorani*, se dividen en varios subgrupos: Toñampare, Quenahueno, Tihueno, Quihuaro, Damuintaro, Zapino, Tigüino, Huamuno, Dayuno, Quehueruno, Garzacocha (río Yasuni), Quemperi (río Cononaco) Mima, Caruhue (río Cononaco) y Tagaeri. Se encuentran ubicados en tres provincias de la Amazonía: Orellana, Pastaza y Napo; sin embargo, la mayoría vive esencialmente en una reserva legalmente reconocida de medio millón de hectáreas entre los ríos Napo y Curaray que corresponde a su territorio tradicional.

12 Estas definiciones fueron usadas por la Defensoría Pública, durante la audiencia pública llevada a efecto en el proceso constitucional.

de la parte final del artículo 57 de la Constitución que consagra la obligación del Estado de adoptar medidas para garantizar la vida de los pueblos en aislamiento voluntario, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento y precautelar la observancia de sus derechos.

Por lo que, señaló la Corte, el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, que tipifica y sanciona la destrucción total o parcial de un grupo étnico, actúa como un mecanismo implementado por el legislador, para asegurar -entre otros- el cumplimiento de la disposición constitucional, a través de la cual, se garantiza la protección de la vida de los miembros de pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

No obstante, la Corte Constitucional fue enfática en indicar que aun cuando la norma jurídica descrita, guarda conformidad con la Constitución, según deriva de un análisis *a priori*, resulta fundamental examinar la aplicación de dicha disposición en el caso concreto, a partir de una interpretación intercultural. Así, se advierte la siguiente afirmación “[...] en el caso sub examine no se trata de una simple interpretación del tipo penal [...] sino de cómo su aplicación al caso concreto generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral”.

En tal razón, para la resolución del caso que se detalla, la Corte empleó como marco interpretativo, en primer lugar, los criterios de interculturalidad desarrollados en la Sentencia N° 008-09-SAN-CC emitida dentro del caso N° 027-09-AN, esto es: continuidad histórica, diversidad cultural, interculturalidad, e interpretación intercultural; y, los parámetros utilizados por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia N.º T-254/94, como reglas de interpretación en casos que involucren personas o comunidades indígenas: a) A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía. b). Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. c). 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. Y, d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

A partir de este enfoque, sostiene la Corte Constitucional que en el caso concreto, es menester considerar el denominado “error de comprensión culturalmente condicionado”, sobre la base del cual, se garantiza la no aplicación de la norma penal, cuando se demuestre que uno o varios de los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena que supuestamente perpetró un ilícito se encontraban en una situación que les impedía conocer la norma penal.

De tal manera, el análisis de la norma jurídica cuya constitucionalidad se consultó, apartado de los estándares de interpretación descritos precedentemente, a criterio del máximo órgano constitucional, tiende a generar una afectación al principio de diversidad étnico y cultural, “en la medida en que la aplicación de la norma genera una afectación a

su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios”.

Así pues, resulta evidente, conforme señaló la Corte Constitucional en su jurisprudencia, que la aplicación de una norma penal a miembros de pueblos indígenas en aislamiento voluntario -no contactados y/o de reciente contacto-, debe ir precedida de un examen exhaustivo fundamentado en peritajes antropológicos, sociológicos y demás elementos de convicción, con la finalidad de determinar si los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa.

Asimismo, la Corte consideró que la sanción de privación de libertad debe ser la *última ratio* dentro de la configuración del derecho penal hacia personas de pueblos y/o nacionalidades indígenas. Esto por cuanto, es menester estimar que partir de una visión intercultural el alejar a miembros de pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto del entorno social al que pertenecen e incorporarlos en un ambiente culturalmente ajeno y distinto, como los centros de rehabilitación social, genera indefectiblemente una afectación a su relación comunitaria. Concluyendo entonces, que la sanción de privación de libertad no es el mecanismo idóneo para solucionar conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas o de reciente contacto.

2. Reflexiones Finales

A manera de conclusión podemos señalar que la Corte Constitucional cumpliendo su tarea de máximo órgano de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, se ha comprometido a través de su jurisprudencia en el fortalecimiento de las características de plurinacionalidad e interculturalidad del Estado ecuatoriano.

De esta manera, a partir de la promulgación de la Constitución de 2008 y a la luz de los principios de derecho internacional de los derechos humanos ratificados por el Ecuador, esencialmente aquellos contenidos en el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ratificado por Ecuador en 1998, la Corte Constitucional ha desarrollado parámetros de interpretación intercultural con objeto de alcanzar el respeto y reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, y en general, el tratamiento justo y equitativo que merecen dentro de la sociedad.

Para tal efecto, la Corte Constitucional garantiza la aplicación de una interpretación intercultural en el análisis y resolución de los casos concretos sometidos a su conocimiento, y mediante la figura del precedente jurisprudencial obligatorio ha procurado sentar las bases de aplicación dichos parámetros en las causas cuyo conocimiento corresponde a los jueces inferiores.

En este sentido, sobre la base de alcanzar una “conciliación” como elemento central de una interpretación intercultural frente a conflictos que involucren a pueblos indígenas, la Corte

Constitucional para el período de transición inició la materialización de la garantía de los derechos colectivos a través de la Sentencia N° 001-10-SIN-CC, dentro de la cual precisó la importancia de estos derechos puesto que dotan a los pueblos indígenas de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades distintos, como también respecto de sus propios miembros.

Además, en el referido fallo la Corte Constitucional para el período de transición sustentada en la importancia del arraigo hacia el territorio de los pueblos indígenas, estableció la necesidad de implementar procesos de consulta previa e informada frente al inicio de cualquier actividad minera en territorios ancestrales.

Posteriormente, la Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia N° 008-09-SAN-CC, determinó que en todos los casos que involucren a individuos o colectividades indígenas es menester la aplicación de principios con perspectiva intercultural, señalando como criterios interculturales reconocidos en el Derecho internacional, los siguientes: 1) Continuidad Histórica; 2) Diversidad Cultural; 3) Interculturalidad; y, 4) Interpretación intercultural.

Adicionalmente, como marco de interpretación intercultural la Corte Constitucional para el período de transición en la sentencia descrita, aplicó las reglas de interpretación desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana frente a diferencias conceptuales y conflictos valorativos de órdenes jurídicos diversos: 1) A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; 2) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; 3) 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; y, 4) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Finalmente, los parámetros de interculturalidad desarrollados por la Corte Constitucional para el período de transición, han sido consolidados a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, por la primera Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N° 004-14-SCN-CC.

En dicho fallo, la Corte Constitucional aborda por primera vez, los derechos de los pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto, señalando en lo principal que la aplicación de las normas jurídicas, especialmente en materia penal, debe ser examinada a partir de una interpretación intercultural.

Asimismo, la Corte consideró que la sanción de privación de libertad debe ser la *última ratio* dentro de la configuración del Derecho penal hacia personas de pueblos y/o nacionalidades indígenas. Esto por cuanto, es menester estimar que partir de una visión intercultural el alejar a miembros de pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto del entorno social al que pertenecen e incorporarlos en un ambiente culturalmente

ajeno y distinto, como los centros de rehabilitación social, genera indefectiblemente una afectación a su relación comunitaria.

3. Bibliografía

López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*, (2006), p. 83 ss.

Santos, Boaventura. «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos.» *El Otro Derecho* 28, 2002: 59-83.

Stavenhagen, Rodolfo. "Los derechos de los indígenas algunos problemas conceptuales." *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales* 43 (1992): 83-99.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia N° 008-09-SAN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia N° 001-10-SIN-CC.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 004-14-SCN-CC.

Fuentes normativas

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial N° de 52, Segundo Suplemento, de 22 de octubre de 2009.

Comentarios a la sentencia N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP "La Cocha" (Acción Extraordinaria de Protección). Alcances de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

*Ruth Seni Pinoargote*¹

Resumen

La Corte Constitucional del Ecuador como máximo órgano de administración de justicia constitucional² del país tiene la potestad de armonizar las decisiones que emita acorde al ordenamiento jurídico vigente, garantizando los derechos humanos y vigilando el respeto multiétnico, intercultural y plurinacional del conglomerado social, características últimas que en conjunto estructuran un estado unitario.

¹ Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, doctora en Jurisprudencia y Especialista Superior en Derecho Procesal. Su carrera judicial es extensa y un reflejo de disciplina y perseverancia destacados como: ayudante del Juzgado V de lo Civil, Secretaría, Fiscal, Juez de lo Civil, Ministra de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, de la que fue su Presidenta en dos períodos, siendo la primera mujer en desempeñar estas funciones en el país. Así mismo fue Ministra de la Corte Suprema de Justicia, siendo también la primera mujer en ejercer tan alta magistratura, Directora de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado; Delegada Distrital del Consejo Nacional de la Judicatura de Manabí; Vocal del Tribunal Constitucional y actualmente Jueza de la Corte Constitucional. Académicamente fue Catedrática Principal por 26 años de la Universidad Laica "Eloy Alfaro" de Manabí, en las materias de Procedimiento Civil y Práctica Civil, Derecho Internacional Privado, así como Coordinadora Académica Docente en programas de Posgrados.

Autora de las obras jurídicas: La deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro; El Derecho a la Honra y la Intimidad, Mecanismo de Defensa; varios artículos publicados en la Revista de la Confraternidad Jurídica "Andrés F. Córdova"; tiene publicaciones en la Revista del Colegio de Abogados de Manabí. También incursiona en el campo de las letras, de lo que dan fe sus libros: "Mi Rebelde Andar, "Hubo más...." y Crónicas de Vida". Ha recibido diversos reconocimientos nacionales e internacionales.

² Constitución de la República del Ecuador, artículo 429.

Como se aprecia, la inclusión desde el ordenamiento supremo para colocar a la Corte Constitucional como entidad extra poder, permite que este órgano tenga la facultad de interpretar sus normas con total independencia y autonomía de otras entidades gubernamentales, esto con el fin de resguardar la supremacía constitucional a nivel nacional. Adicionalmente, y frente al otorgamiento de esta potestad fundamental, sus decisiones entablan sendos compromisos institucionales, sociales y jurídicos; pero sobre todo se requiere de fallos constitucionales acorde a la diversidad jurídica del país, en favor de procurar el equilibrio de cada subsistema de justicia de manera que prevalezca la supremacía de la Constitución y prime el efectivo ejercicio de los derechos en ella establecidos.

Bajo esta necesidad, la decisión sobre el caso de la comunidad “La Cocha” pone fin a un energético debate, a la vez que permite examinar la capacidad de atender las necesidades de todos los sectores sociales. De este modo, la Sentencia N°. 0731-10-EP, emitida el 30 de julio de 2014 por la Corte Constitucional, resuelve un asunto angular sobre la administración de justicia indígena en el Ecuador porque enmarca sus competencias jurisdiccionales dentro del Estado constitucional de derechos y justicia. Asimismo, representa una fuente de jurisprudencia paradigmática frente a casos futuros y permite vislumbrar la correcta comunicación racional entre ambos sistemas de administración de justicia (constitucional, ordinaria e indígena) cuya aplicación es paralela en determinados escenarios jurídicos.

El problema jurídico-constitucional se produjo con la acción extraordinaria de protección presentada por Víctor Manuel Olivio Pallo, contra las decisiones de la justicia indígena adoptadas por la Asamblea Comunal del pueblo Kichwa Panzaleo, de la provincia de Cotopaxi, por el delito de asesinato ocurrido el 09 de mayo del 2010, con el fin de establecer si las autoridades indígenas podían o no solucionar el asesinato y de ser el caso se ajusta al modelo constitucional y legal.

Su pretensión además fue el establecer si se había ejercido “interferencia en la justicia indígena por parte del Fiscal General del Estado”, del “ministerio de Gobierno y Policía” con el objeto de rescatar a los involucrados, y de ser el caso cuál fue el efecto en la administración de justicia indígena sobre el pedido de solicitud del “ministerio de Justicia para que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes”, porque en anteriores ocasiones “han aceptado lo resuelto por la jurisdicción indígena”.

Así, la presentación de esta acción ante la Corte Constitucional, derivó en un emprendimiento piramidal sobre su estudio, acción necesaria con el objeto de establecer el grado de movilidad que la justicia indígena guarda bajo el paraguas constitucional, lo que evidenció la inexistencia de fallo análogo o asunto similar previamente resuelto, con identidad de objeto y acción; de ahí que la sentencia adoptada funda un tema aún en formación.

Análisis de la Sentencia

El fallo sobre el asunto tiene especial relevancia en el contexto jurídico y social, por cuanto su proyección aclara un punto del derecho que hasta el presente fallo era discutido en el foro académico, toda vez que no existía un elemento jurisprudencial que alumbre con parámetros objetivos sobre los cuales la administración de justicia indígena debía intervenir en caso de colisionar con la justicia ordinaria; y, a la vez era ausente el margen de acción y responsabilidad que este sistema tiene con el entramado constitucional.

Así las cosas, la decisión se configura como un hito que ensambla de forma categórica, la teoría y práctica de la administración de justicia indígena acorde al marco constitucional; al igual que refleja la confluencia de otras disciplinas de las ciencias sociales en el empleo de peritajes antropológicos³ que sustentan con rigor científico su estructura, toda vez que estos estudios académicos estimulan el entendimiento de los derechos reconocidos a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas en la actual Constitución.

En este sentido, la acción extraordinaria de protección obligó para que el máximo órgano constitucional pueda encauzar el análisis de los siguientes problemas constitucionales: 1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?, y 2. ¿Las instituciones y autoridades públicas, respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

A largo de la argumentación vertida en la resolución del caso, se puede encontrar cómo la sentencia despeja estas interrogantes, a la vez se descubre cómo por su intermedio se entabla la segmentación conceptual de parámetros específicos sobre la caracterización del Estado en la Constitución frente a la interculturalidad y la plurinacionalidad, principios articulados al modelo de estado unitario, aportando una interpretación que los fundamenta no como discrepantes o disímiles, sino como complementarios y plenamente compatibles.

Por su parte, mediante esta sentencia se permite entender el alcance de los derechos constitucionales y la real compatibilidad de la justicia comunitaria con estos, puesto que la administración de la jurisdicción indígena se encuentra supeditada a la Constitución⁴ y al orden jurídico convencional e internacional de derechos humanos⁵.

Al análisis hecho en sentencia se suma el examen de fiscalización constitucional realizado por la Corte, para dilucidar si las decisiones tomadas por la Asamblea Comunal el 16 y 30 de mayo de 2010, no contradicen estos presupuestos esenciales, o si por el contrario, son

3 Estudios antropológicos que fueron realizados por Esther Sánchez Botero y Pedro Torres.

4 Constitución de la República, artículo 57, numeral 10.

5 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), artículo 8, numeral 2 y artículo 9, numeral 1

discordantes con el articulado doméstico y postfrontera, lo que permite desarrollar un verdadero pluralismo jurídico constitucional acorde a estándares internacionales.

En igual sentido, la Corte Constitucional devela que en la decisión tomada por la Asamblea Comunal no se decidió o juzgó sobre la afectación de la vida; como si lo habría hecho la justicia ordinaria, por cuanto de suceder la vulneración de este bien jurídico - propio de la subjetividad de la persona- su tutela judicial es de prioridad inmediata.

Ante esta falta de protección, la Corte categoriza a la decisión de autoridad indígena como una herramienta que buscó restablecer el equilibrio y estabilidad entre las familias y la comunidad por la conmoción que la muerte produjo, es decir, resolvió el suceso en base a las consecuencias sociales y culturales que produjo, más no en la defensa de la vida como fin constitucional esencial; esta especial perspectiva provoca que la intervención de la justicia ordinaria en el caso *sub judice* sea necesaria, pues actuó como principal actor para defender este derecho, en consecuencia no aconteció un doble juzgamiento de los acusados, sino que se delimitó el actuar de ambas jurisdicciones a casos concretos.

En el mismo orden, dentro del proceso de conciliación, reparación y juzgamiento de los culpables, se determina que la Asamblea Comunal al resolver el caso, utilizó el *derecho propio* de los pueblos indígenas, garantizado en la Constitución⁶ y en tratados internacionales de derechos humanos, por lo tanto, al aplicarse sus procedimientos ancestrales y pertenecientes a su identidad no se vulneró derechos constitucionales y mucho menos existió algún tipo de violentación por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.

Otra característica importante representa la ratificación de correcta administración de justicia que el pueblo Panzaleo realizó por intermedio de su máxima autoridad, porque sin su intervención no se podría haber resuelto el conflicto interno, pero se establece, que a la par que nace esta competencia, surge de forma inmediata la obligación del Estado ecuatoriano de garantizar los derechos protegidos en la Constitución.

En tal caso de agresión es deber constitucional y legal sancionar su violación sin importar raza, sexo, religión, orientación política, pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena ya sea del agresor o del ofendido, es decir, pese a que existe independencia de la justicia indígena, ésta se somete a la Constitución, a los Convenios Internacionales y a la ley.

Sólo entonces se puede dilucidar que cuando se cometa acciones atentatorias contra la vida, incluso en el ámbito indígena, el Estado ecuatoriano tiene prelación para intervenir sin impedimento jurisdiccional en pro de garantizar el juzgamiento y sanción de los responsables, acorde al ordenamiento del derecho penal ordinario y con observancia a los convenios firmados y ratificados por el Ecuador como el Convenio 169 de la OIT.

6 Constitución de la República del Ecuador, artículo 57, numeral 10.

De otro lado, la Corte Constitucional fija en su sentencia las formas mediante las cuales los actores mediáticos (públicos, privados o comunitarios) pueden vincularse de forma directa con los procesos de resolución de conflictos en los casos de aplicación de la justicia indígena, lo cual busca ofrecer un acceso a comprender su cosmovisión, formas de juzgamiento y ritos ancestrales, pues la información debe difundirse en consideración de los principios de veracidad y contextualización.

En general, la opinión pública encontrará una decisión enriquecida con argumentos jurídicos y razones constitucionales que sostienen la correcta administración de justicia constitucional en el Ecuador acorde al modelo de Estado, a los derechos humanos y al derecho ancestral. Por lo tanto, el beneficio sobre este tema trasciende más allá del texto y será la sociedad jurídica la que fortalezca aún más la presente sentencia, en la búsqueda incesante por fortalecer la administración de justicia en el país, la cual siempre nos convoca.

Argumentos respecto del voto salvado en la sentencia
N°113-14-SEP-CC, dentro del caso N°731-10-EP “La Cocha”

*Marcelo Jaramillo Villa*¹

Con relación al caso N° 0731-10-EP (“La Cocha”) he expresado mi desacuerdo con el voto de mayoría por lo que he consignado mi voto salvado, el cual se resume en los siguientes términos:

La Constitución ecuatoriana caracteriza a nuestro Estado como constitucional, de derechos y justicia, intercultural y plurinacional. Para implementar estos valores, en el texto constitucional se incorporó un capítulo destinado a reconocer los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así como también se reconoció su derecho a aplicar la justicia indígena sobre la base de su derecho propio y tradiciones ancestrales, dentro de su ámbito territorial y para la solución de sus conflictos internos.

1 Doctor en jurisprudencia y abogado de los Tribunales de la República del Ecuador; Máster en Derecho, con mención en derecho económico y derecho de mercado; Máster en derecho constitucional y, especialista en justicia constitucional. Además, tiene varios diplomados superiores, nacionales e internacionales, en Derecho Económico; Derecho Administrativo; Modernización y Gobernabilidad Democrática; Propiedad Intelectual; Gerencia Social y Parlamentaria; y, Planificación y Gerencia Pública. Sus estudios superiores, de pregrado y postgrado, en Ciencias Políticas y Jurídicas los realizó en: Universidad Central del Ecuador; Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Universidad Laboral de Gijón-España; Universidad Andina Simón Bolívar; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-Ecuador; INCAE y CEDAL de Costa Rica; Instituto del Banco Mundial en Washington D.C.; Instituto Tecnológico de Monterrey- México; Universidad Miguel de Cervantes de Chile; Universidad Nacional Autónoma de México UNAM; y, la Universidad de Castilla La Mancha-España.

Ha desempeñado cargos de responsabilidad como Director Nacional de la Juventud del M.B.S., Secretario Técnico de la Organización Iberoamericana de la Juventud; Diputado de la República, Secretario Técnico del Frente Social, Coordinador General Jurídico de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo

Además, expresamente se estableció que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser respetadas por todas las instituciones y autoridades públicas.

A partir de estos mandatos constitucionales en el Ecuador se ha ido estableciendo el pluralismo jurídico, para lo cual el legislador también ha incluido y reiterado el reconocimiento de las atribuciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas en la normativa infra constitucional (Código Orgánico de la Función Judicial, en el Código de Procedimiento Civil y en el nuevo Código Integral Penal).²

De la lectura del proceso referido a la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, dentro del caso N°731-10-EP, se pudo evidenciar que las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha conocieron y juzgaron la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo a partir de una interpretación directa y literal de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT. Según determinaron estas autoridades, el caso se encontraba dentro de los presupuestos constitucionales previstos en el artículo 171, puesto que:

1. El señor Marco Antonio Olivo Pallo, era miembro del pueblo Kichwa Panzaleo de la parroquia de Zumbahua, provincia de Cotopaxi,
2. Los autores de la infracción son miembros del pueblo Kichwa Panzaleo la parroquia de Zumbahua, provincia de Cotopaxi,
3. La muerte de la víctima ocurrió dentro del territorio de la comunidad indígena; y,
4. Se trataba de un conflicto interno de la comunidad.

De modo que, una vez analizado el caso concreto, es mi opinión que la comunidad indígena, a través de sus autoridades competentes, respetando el debido proceso consagrado dentro de su derecho propio y garantizando la seguridad jurídica de las partes

(SENPLADES), y miembro de algunos directorios de instituciones y empresas públicas. También se desempeñó como coordinador del Tribunal Supremo Electoral; Asesor Parlamentario del Congreso Nacional en varias ocasiones; asesor de algunos gobiernos latinoamericanos en el diseño y evaluación de políticas públicas y programas a favor de la juventud, y consultor de agencias de cooperación internacional de Naciones Unidas como el PNUD y UNICEF. Actualmente es Juez de la Corte Constitucional del Ecuador. Desde 2008, junta su actividad profesional con la docencia en la Universidad Andina Simón Bolívar y en el Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN. Además, ha representado al Ecuador en eventos internacionales y ha sido expositor en importantes seminarios académicos. Entre sus principales publicaciones destacan: La fiesta una expresión cultural colectiva. Una aproximación a su reconocimiento y protección jurídica de los derechos de autor y derechos conexos (Convenio Andrés Bello, 2006); La Planificación y la Constitución de la República (Revista Novedades Jurídicas, 2009); El desafío de la construcción de las políticas públicas sobre la base de la participación y los consensos (Universidad Miguel de Cervantes, 2010); y, El ciclo de la política pública y la prestación de los servicios públicos con eficiencia y responsabilidad (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo UNAM, 2012).

² Arts. 344 y 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 5 del Código de Procedimiento Civil y Art. 5 numeral 9 del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

involucradas, conoció, investigó, juzgó y sancionó oportunamente la muerte ocurrida dentro de su territorio.³ Actividad jurisdiccional que se cumplió a partir del ruego de parte efectuado por los familiares de la víctima y que contó con el consentimiento y aprobación de todos los involucrados, incluyendo de los encausados. Todos se comprometieron a respetar la decisión de las autoridades indígenas, tan es así, que la acción extraordinaria de protección presentada por el hermano de la víctima no estaba inconforme con la decisión de las autoridades de justicia indígena sino con la falta de ejecución de la decisión y con lo actuado por las autoridades de justicia ordinaria, por considerar que, al haber iniciado acciones dentro de la justicia ordinaria, han irrespetado y desconocido las decisiones legítimas de la jurisdicción indígena.

A partir de los peritajes técnicos y del expediente constitucional, se constató que, dentro del ámbito de su cultura y sobre la base del respeto a sus creencias y tradiciones, la justicia indígena conoció y sancionó la muerte por ser un acto que afectaba directamente a la armonía y estabilidad de la comunidad. Por lo que las decisiones adoptadas tuvieron por objeto conocer y sancionar la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo, sin que este hecho haya quedado en la impunidad. Igualmente, se evidenció que las autoridades indígenas, una vez llevado a cabo todo el proceso de juzgamiento, en aplicación de su derecho propio, impusieron a los infractores las sanciones apropiadas dentro de su cosmovisión cultural.

El hecho de que la justicia indígena no juzgue bajo los mismos parámetros de la justicia ordinaria, no implica necesariamente que sus sanciones provoquen impunidad; impidan el resarcimiento de los daños; o, no permitan la rehabilitación y reinserción de las personas. Al contrario, los peritajes antropológicos manifiestan que en las comunidades indígenas estas infracciones son excepcionales, que sus índices de reincidencia son mínimos y que la reinserción de los infractores a la comunidad está garantizada.

Por consiguiente, frente a la inexistencia de una ley (conforme lo establece el Art. 171 CRE), que delimita los ámbitos competenciales y jurisdiccionales entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, las autoridades indígenas, en aplicación directa de las normas constitucionales (Art. 426 CRE), así como del reconocimiento a la justicia indígena establecido los artículos 3, 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, ejercieron su competencia jurisdiccional.

Por lo expuesto, al no haber existido una vulneración de derechos constitucionales en el juzgamiento del caso y habiéndose dictado y ejecutado las decisiones de la Asamblea de la comunidad, correspondía al Estado garantizar la firmeza de dichas decisiones, así como el respeto de los derechos constitucionales, tanto de las autoridades indígenas que juzgaron la causa como de los encausados en el cometimiento de la infracción, evitando con ello que a éstos últimos se les dé un doble juzgamiento. Para ello, en el voto salvado,

³ Particular refrendado por los dos peritos contratados por la Corte Constitucional, la Dra. Ester Botero y el Presbítero Pedro Torres.

estimé que se debió adoptar medidas de reparación integral frente a las intervenciones posteriores de la justicia ordinaria, a fin evitar el *non bis in idem*. Por lo que, considero que se debió dejar sin efecto y valor jurídico todas las actuaciones y providencias dictadas en justicia ordinaria a partir del inicio de las instrucciones fiscales; correspondiéndoles a las autoridades jurisdiccionales que avocaron conocimiento archivar los expedientes. Evitando así además, la revictimización de la familia Olivo Pallo, conforme fue el pedido planteado por el accionante en su demanda.

Como queda evidenciado, por las particulares circunstancias de este caso, mi opinión en el voto salvado fue que a la Corte le correspondía únicamente resolver el caso concreto, puesto que, a mi criterio, no existen elementos fácticos suficientes (otros casos en otras comunidades indígenas) que determinen la necesidad de emitir una regla jurisprudencial de carácter general que sustraiga el conocimiento y resolución de casos de muerte de la justicia indígena para pasarlos a la justicia ordinaria, pues la Constitución, al reconocer la plurinacionalidad, interculturalidad, la justicia indígena, el derecho propio y las costumbres ancestrales, fortaleció la autonomía de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, limitando las restricciones al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Adicionalmente, he expresado que sólo en aquellos casos de muerte en los que la justicia indígena no conoce este tipo de infracciones; en los que no se la activado a ruego de parte; o, en caso de que los involucrados acudan directamente a la justicia ordinaria, deberán ser los jueces ordinarios quienes investiguen, conozcan y juzguen la muerte de una persona, con el fin de garantizar que este tipo de delitos no queden en la impunidad, pues es obligación del Estado, y también de las autoridades indígenas, proteger en todo momento el derecho a la vida.

Respecto al papel que cumplen los medios de comunicación cuando difunden los procesos de juzgamiento indígena, en mi voto salvado he manifestado la importancia de que con su labor informen y contribuyan a educar interculturalmente a la ciudadanía, contextualizando la información respecto a la justicia indígena, permitiendo conocer su derecho propio y las formas de solucionar sus conflictos internos, para lo cual, sin restringir su actividad informativa, estimo que deberían contar siempre con expertos en la materia que garanticen que la información entregada a la ciudadanía cumpla con los principios establecidos en el artículo 18 de la Constitución. Adicionalmente, considero de fundamental importancia que se realicen actividades de capacitación, tanto a los medios de comunicación como a los operadores de justicia, respecto a la plurinacionalidad, pluriculturalidad y justicia indígena.

Finalmente, considero necesario que la sociedad ecuatoriana, y de manera especial el Estado, sus instituciones y autoridades, cada día tomemos mayor conciencia respecto de la importancia de construir un Estado plurinacional que robustezca la unidad de los ecuatorianos a partir del reconocimiento y respeto a la diversidad étnica, social y cultural. De esta manera, podremos construir una sociedad intercultural en una relación simétrica y armoniosa entre las distintas culturas que existen en el Ecuador, garantizando una adecuada cohesión social en el país.

Comentarios a la Sentencia N° 004-14-SCN-CC , caso N° 0072-14-CN Waorani – Taromenane. Marcando el paradigma intercultural de justicia

Manuel Viteri Olvera ¹

Resumen

La presente sentencia surge a partir de una consulta de norma procedente del Juzgado Segundo de Garantías Penales de Orellana, judicatura que solicita a la Corte Constitucional determinar la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley s/n Registro Oficial 578-S del 27 de abril de 2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal derogado, que tipifica el delito de genocidio.

El 27 de noviembre de 2013 se inició Instrucción Fiscal, contra varios integrantes de la Nacionalidad Waorani (pueblo de reciente contacto) por el presunto delito de genocidio,

¹ Doctor en Jurisprudencia, catedrático de la Universidad Estatal de Guayaquil y especialista en Procedimientos Constitucionales; obtuvo un diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales así como un Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. Actualmente es juez de la primera Corte Constitucional del Ecuador, y ha participado en varios eventos académicos internacionales, como el II Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales y III Jornada Nacional Cubana de Criminología, en calidad de Delegado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador; 5ta Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional Santiago de Chile (2006), en calidad de Delegado del Tribunal Constitucional del Ecuador; Programa de Estancias de Estudios en el Poder Judicial de la Federación de México; Ciudad de México (Agosto del 2008); Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica, (realizado en Panamá en octubre de 2010). Por su trayectoria de jurista y catedrático, ha recibido reconocimientos por parte de varias instituciones gubernamentales como de las Cortes Superiores de Justicia de Esmeraldas, Los Ríos y Manabí; de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador; Federación Nacional de Empleados Judiciales del Ecuador; Colegios de Abogados de las provincias del Guayas, Azuay, Los Ríos, Esmeraldas y Servidores Judiciales de Manabí. Finalmente, recibió una condecoración del H. Congreso Nacional con la MEDALLA VICENTE ROCAFUERTE.

por cuanto, la muerte de dos ancianos de este grupo social presuntamente ejecutada por la Nacionalidad Taromenane (pueblo no contactado), habría provocado que los implicados organicen una incursión a la selva, secuestren dos niñas, y terminen aproximadamente con la vida de diez y siete personas. Cabe destacar que a las personas sospechosas se les dictó la medida cautelar de prisión preventiva.

En este sentido, la Sentencia N° 004-14-SCN-CC, del Caso Waorani, constituye una decisión paradigmática que contribuye al proceso de reparación histórica para los pueblos, comunidades y nacionalidades del Ecuador, por cuanto su argumentación contiene una reflexión clara y oportuna sobre el carácter del nuevo modelo constitucional ecuatoriano plurinacional e intercultural, una interpretación que armoniza el derecho interno con los convenios y tratados internacionales sobre derechos de los pueblos ancestrales en las decisiones judiciales, y pone en manifiesto la impronta de adoptar una perspectiva intercultural en las actuaciones de la administración de justicia ecuatoriana en casos donde se encuentren involucrados miembros de pueblos ancestrales, para finalmente, concretizar sobre el significado de la legítima función del derecho en el actual paradigma constitucional.

Con estos antecedentes, este breve análisis recogerá los principales argumentos y aportes de la citada sentencia respecto a la cristalización del pluralismo jurídico ecuatoriano.

Análisis del Fallo

La Constitución ecuatoriana cristaliza un proyecto transformador de la concepción mono-etnocéntrica del Estado moderno, para plasmar un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Intercultural y Plurinacional, que a partir del respeto a la dignidad humana y a la redimensionalidad de la igualdad desde sus ejes formal y sustancial, tutela varios derechos colectivos para los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

Esta aseveración implica entre otros derechos, el reconocimiento y respeto social y estatal de las singulares formas de organización de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas a partir de sus valores culturales, costumbres y reglas, así como, el aseguramiento de su convivencia armónica frente a otros sistemas normativos y mecanismos de estructuración social.

Sin embargo, la ejecución efectiva de dichos presupuestos constitucionales ha generado conflictos fácticos en el andamiaje socio-estatal, mismos que a su vez han provocado la emisión de resoluciones administrativas contrarias al carácter intercultural de la Constitución, conflictos de competencia entre la administración de justicia indígena y ordinaria e inquietudes jurisdiccionales respecto a la constitucionalidad de la aplicación de normas generales en casos donde se juzgue a integrantes de pueblos ancestrales.

Ahora bien, la necesidad de ejecutar un control concreto en el caso sub examine, se origina a partir de la probable aplicación de la norma penal que tipifica el etnocidio en un

conflicto provocado presumiblemente por una nacionalidad indígena ancestral, misma que según el juez consultante podría incitar una posible colisión con el ejercicio de los derechos colectivos y el principio de igualdad material contemplados en la Constitución ecuatoriana, así como, de las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes suscrito por Ecuador. Bajo estas consideraciones la Corte Constitucional en su sentencia evidencia la presencia de tres problemas jurídicos respecto a la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del ex Código Penal en el caso examinado:

- 1.- Su ejecución vulneraría los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.
- 2.- Su implementación violentaría las normas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.
- 3.- Su aplicación transgrediría el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto.

En el primer caso, previo a resolver el problema jurídico, la Corte Constitucional ratifica la importancia del reconocimiento del Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional, mismo que surge a partir de la presencia de diversas culturas y grupos étnicos cuyos derechos requieren ser tutelados y reconocidos como una valía prehispánica, sin merecer subordinación de ningún tipo.

Para solventar la duda razonada respecto a una posible vulneración de los derechos colectivos a partir de los efectos del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del anterior Código Penal, la Corte emite criterios de análisis que orienten al juzgador respecto a una probable aplicación de la norma al caso concreto, así como, de los presupuestos convencionales señalados en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que deben ser observados en la administración de justicia frente a delitos de genocidio, con la finalidad de tutelar razonablemente los derechos colectivos de estas nacionalidades indígenas en el proceso penal.

En este sentido, la Corte determina que una aplicación literal del tipo penal de genocidio sin pormenorizar la incidencia del principio de interculturalidad, podría violentar el principio de diversidad étnica y cultural y los derechos colectivos al atentar contra su identidad como pueblo originario.

No obstante, al constituirse el genocidio como un tipo penal contemplado en el derecho internacional, su configuración involucra la comprobación de dos elementos sustanciales: 1) el propósito específico para la ejecución del delito; y, 2) su adecuación a uno de los

cinco presupuestos descritos en el artículo 2 de la citada Convención, mismos, que en el caso concreto deben ser examinados bajo una perspectiva intercultural.

Consecuentemente, la judicatura ordinaria después de verificar la configuración del delito a partir de lo dispuesto en dicha Convención, debe interpretar la norma penal a la luz del principio de interculturalidad, que engloba cuatro criterios: continuidad histórica, diversidad cultural, interculturalidad, e interpretación cultural².

Así mismo, la Corte dispone a la judicatura competente tomar en consideración, la doctrina penal denominada *error de comprensión culturalmente condicionado*, con la finalidad de develar si los presuntos implicados conocen la norma penal que tipifica el delito, y si los actos ejecutados son propios de su cultura o por lo contrario son objeto de un proceso penal.

Finalmente, la Corte ratifica la validez y vigencia de la norma penal en abstracto debiendo la judicatura ejecutar el análisis de los efectos de esta disposición en el caso específico de acuerdo a los parámetros descritos en líneas anteriores. Asimismo, dispone que los efectos de la interpretación intercultural ejecutada en el caso concreto será *inter partes e inter pares*, cuando otro caso coincida con el presupuesto fáctico de esta sentencia.

Frente al segundo problema jurídico, la Corte Constitucional evidencia que en el caso *sub examine*, la administración de justicia ha omitido la observancia de las disposiciones contenidas en los artículos 8.1, 9.2, 10 numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, al aplicar un procedimiento penal vaciado de los principios culturales que redimensionan el nuevo Estado ecuatoriano, y en especial, de la implementación de medidas cautelares de privación de la libertad personal, actuación que transgrede los derechos colectivos descritos en la Constitución ecuatoriana.

Respecto a la última aseveración, la Corte Constitucional afirma que, a pesar de que estas medidas son de carácter provisional, deben adecuarse al carácter garantista del Estado teniendo la obligación los administradores de justicia y operadores judiciales de examinar los efectos que conlleva tal aplicación en los procesos penales.

En otras palabras, la sanción de privación de la libertad a *prima facie* no constituye el camino idóneo para solventar pugnas entre comunidades indígenas no contactadas o de reciente contacto, por lo contrario, es prioritario consolidar lazos de coordinación que orienten la labor de administración de justicia a la luz de la cosmovisión de las comunidades involucradas, recurriendo a la prisión como mecanismo de *última ratio*, por cuanto la rehabilitación social otorgada por la justicia ordinaria afecta la integridad de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, al alejarlas a la periferia de la convivencia comunitaria.

2 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N°004-14-SCN-CC, de 06 de agosto de 2014, Caso No. 0072-14-CN, pp. 19-20.

Por otro lado, la Corte Constitucional exhorta a la Fiscalía y la judicatura competente a que cuenten con peritajes sociológicos y antropológicos oportunos que permitan a la institucionalidad estatal y a la administración de justicia comprender la naturaleza y propósitos de los hechos.

Finalmente, respecto al tercer problema jurídico, cabe destacar que como lo ha señalado la Corte Constitucional, el reconocimiento constitucional de pluralidad de culturas implicó readecuar la materialidad de la igualdad a través de principios, derechos y garantías constitucionales, que aseguren su efectividad por medio de cuatro caminos: un trato idéntico a sujetos de derechos que les cobija circunstancias iguales, un tratamiento totalmente diferenciado a quienes no se adecuan a situaciones similares, un trato paritario cuando las semejanzas sean superiores a las diferencias, y, un tratamiento diferenciado que se configura cuando las divergencias sean más relevantes que las similitudes³.

En este contexto, sobre el trato otorgado a los integrantes del pueblo Waorani, posibles imputados del delito penal de genocidio, la Corte Constitucional determina que al considerarse un grupo social con un andamiaje cultural particular en el Ecuador, éste se inserta en el segundo o cuarto presupuesto de aplicación del test de igualdad, exhortando al juez competente de la causa penal a ejecutar los peritajes antropológicos y sociológicos oportunos para determinar si la materialización del principio de igualdad a esta nacionalidad implica un trato diferenciado entero o lato, así como, para que éste emita los informes técnicos que develen si la normativa ordinaria podría violentar derechos colectivos y culturales de estos pueblos.

La sentencia

Bajo esta argumentación, la Corte Constitucional reconoce que el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal aplicado para el caso concreto, requiere de una interpretación intercultural con la finalidad de prevenir posibles transgresiones a los derechos constitucionales. Asimismo, exhorta a que el juez competente verifique de forma motivada la real configuración del delito de genocidio de acuerdo a los presupuestos descritos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delitos de Genocidio, contemplando a la vez los parámetros de interculturalidad.

En esta línea, con el objeto de aplicar una perspectiva intercultural, la Corte Constitucional dispone al juez competente la implementación de peritajes sociológicos y antropológicos de forma adecuada y oportuna así como la obligación de adoptar acciones que subsanen las actuaciones y omisiones cometidas, en el caso que fuera necesario y ordena que las normas penales que sean aplicables en el presente caso deberán ser implementadas en observancia de los principios constitucionales y de un enfoque intercultural.

3 Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, Sentencia N° 008-09-SAN-CC, Caso No. 0027-09-AN.

Finalmente, apoya su labor en la institucionalidad estatal pertinente, al solicitar a la Defensoría del Pueblo que informe de manera periódica a la Corte Constitucional sobre la observancia del debido proceso y del cumplimiento de la sentencia.

Consideraciones finales

Los principios de interculturalidad y plurinacionalidad se instituyen en elementos estructurantes y orientadores de la gerencia del Estado, por cuanto su observancia valida la constitucionalidad de la actuación estatal, siendo inexorable, la administración de justicia bajo este enfoque, cuando en los casos a resolver se evidencie la participación de personas adscritas a grupos sociales culturalmente diversos.

En esta línea, la materialización del principio de interculturalidad, involucra la aplicación de criterios o ejes rectores que contextualizan y acreditan la clase de tratamiento igualitario o diferenciado, que debe ser implementado en conflictos con raíces pluriculturales. Para cumplir tal objetivo, se evidencia la necesidad de contar con el apoyo de otras ciencias que permitan replantear al derecho como hecho abstraído de la realidad social, para atar su eficacia como organizador social y garante de los derechos constitucionales y derechos humanos a las demandas y hechos sociales concretos.

Por otro lado, la propuesta metodológica de la sentencia implica el fortalecimiento del diálogo entre Cortes Constitucionales de la región, fallos supranacionales de organismos internacionales y las líneas jurisprudenciales marcadas por la Corte Constitucional ecuatoriana en decisiones anteriores, a fin de dibujar con mayor certeza y consenso, la ruta doctrinaria que abarca la aplicación garantista del pluralismo jurídico, sobre todo, en conflictos álgidos, tales como la posible imputación del delito de genocidio a integrantes de una nacionalidad indígena ecuatoriana.

Asimismo, de manera panorámica se evidencia la eficacia de los mecanismos constitucionales de control e interpretación constitucional reconocidos en la Constitución, como la Consulta de norma, misma que ha demostrado la manera en que la Corte Constitucional logra decodificar a la norma evaluada, no sólo desde su sentido abstracto, sino a partir de sus efectos en un caso específico, aterrizando sus actuaciones y consecuentemente el actual paradigma al entrampado social.

Estos avances jurisprudenciales constituyen un salto cualitativo que irrumpen en el pasado positivista del derecho para guiar al Ecuador bajo horizontes pluralistas del derecho que vivifiquen el garantismo de los derechos constitucionales bajo la consigna de la igualdad en la diversidad.

Comentarios a la Sentencia N° 006-14-SCN-CC, dictada dentro del caso No. 0036-10-CN y 006-11-CN acumulados. Consulta de Norma

Alfredo Ruiz Guzman ¹

La Sentencia N° 006-14-SCN-CC fue dictada dentro de la resolución de una consulta de norma, con lo cual la Corte Constitucional del Ecuador garantizó el respeto a la administración de justicia indígena, puesto que fundamentándose en la Sentencia N° 113-14-SEP-CC (caso La Cocha) se reconoció la competencia de las Asambleas Generales Comunitarias Indígenas para la resolución de los conflictos generados dentro de una comunidad, en uso de sus costumbres ancestrales y en ejercicio de su derecho propio.

Esta sentencia, sin duda alguna marca un importante precedente en el reconocimiento del pluralismo jurídico garantizado en la Constitución de Montecristi, puesto que indaga sobre el procedimiento efectuado por los órganos decisarios indígenas, destacando su

¹ Abogado guayaquileño con un Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la Universidad de Guayaquil. Especialista en Procedimientos Constitucionales, Universidad de Guayaquil y Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Entre sus publicaciones están: “De la representación democrática a la participación ciudadana”, “Una Asamblea Nacional participativa”. Guayaquil, Editorial de la Universidad de Guayaquil, EDUQUIL, 2011, así como también “Avances en el régimen político en la Constitución de Montecristi”, en ANÁLISIS NUEVA CONSTITUCIÓN, Quito, ILDIS, 2008. Actualmente es Juez de la Corte Constitucional del Ecuador. Su vida académica está vinculada estrechamente a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, de la que llegó a ser el Decano que más tiempo ha desempeñado esa función en ciento cuarenta y cinco años de vida institucional, por voluntad reiterada de la comunidad académica. También ha sido Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Facultades de Derecho y Jurisprudencia. Su trayectoria académica y profesional ha sido reconocida en numerosas ocasiones de las que se pueden destacar: Premio Contenta, Universidad de Guayaquil, 1973, “Abogado del año”, Colegio de Abogados del Guayas, 2005.

carácter participativo en conjunto con la comunidad, para la toma de decisiones. En otras palabras, resalta las competencias constitucionales y legales que estos órganos jurisdiccionales ostentan para resolver sus conflictos internos dentro del Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico determinado en el artículo 1 de la Constitución.

Siendo así, a efectos de destacar los principales aportes de la Sentencia N° 006-14-SCN CC, es necesario mencionar los antecedentes de las consultas de norma efectuadas.

En el caso concreto existieron dos consultas de norma presentadas ante la Corte Constitucional debidamente acumuladas, la primera formulada por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, y la segunda por el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi. En el primer caso, el juez consultó sobre la constitucionalidad de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal (derogado por el actual Código Integral Penal), mientras que en el segundo caso, se consultaba sobre si *¿es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si éstos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad?*

Vale la pena precisar que la causa N° 0036-1-0-CN (consulta del Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi) tiene como antecedente un proceso penal por el delito de plagio que se inició en contra de Richard Caliza Cuchiparte, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza autoridades indígenas de la comunidad La Cocha por los hechos suscitados en dicha comunidad La Cocha del cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Mientras que la causa N° 0006-11-CN (consulta del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi) tiene como antecedentes el juicio penal por asesinato seguido en contra de Iván Vladimiro Candelero Quishpe, Flavio Henán Candelero Quishpe, Manuel Orlando Quishpe Ante, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga.

En el análisis correspondiente, la Corte evidenció que las consultas remitidas no cumplían con los presupuestos de procedencia determinados por la Corte Constitucional en la Sentencia 001-13-SCN-CC, no obstante en aras de garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y cumplir su rol de máximo garante e intérprete de la Constitución, emitió consideraciones adicionales dentro del presente caso tomando como relevancia principal la Sentencia N° 113-14-SEP-CC (que resolvió una acción extraordinaria de protección presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo dentro del caso denominado como La Cocha).

En referencia al caso concreto N° 0036-10-CN (consulta por el delito de plagio) se refirió al papel que cumplen las autoridades indígenas dentro de la Asamblea Comunitaria como órgano jurisdiccional encargado del conocimiento de los conflictos internos que se suscitan dentro de las comunidades indígenas de los pueblos Kichwa Panzaleo.

De esta forma, se destacó que en las comunidades indígenas existe un procedimiento para los procesos de juzgamiento, pues existen etapas preestablecidas que son conocidas

y respetadas por toda la comunidad, a pesar de no estar registradas formalmente en un documento escrito.

Por consiguiente, la Corte destaca que dentro de la Sentencia N° 113-14-SEP-CC se declaró que no se han vulnerado derechos constitucionales en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, respecto de la cual además se declaró que la autoridad de justicia indígena es habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.

En este marco, se ratificó que en el caso de la consulta, las autoridades indígenas actuaron dentro de sus competencias constitucionales, sin que se pueda pretender investigar y sancionar su accionar mediante ningún proceso penal, ya que aquello significaría una vulneración a la Constitución de la República así como a la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia N° 113-14-SEP-CC, en tanto se desconocería el derecho propio reconocido a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Siendo así, la Corte Constitucional garantiza y protege el pluralismo jurídico, no sólo mediante el reconocimiento de sus mecanismos de administración de justicia, sino también a través de la garantía de que sus decisiones sean respetadas.

Por su parte, **en referencia al caso N° 006-11-CN** (consulta dentro del proceso de asesinato) la Corte Constitucional resaltó que, en la Sentencia N° 113-14-SEP-CC, se determinó que el ámbito de análisis que fue conocido y resuelto por parte de las autoridades jurisdiccionales indígenas fue el grado de afectación que la actuación de los involucrados provocó al colectivo comunitario, razón por la que, con el objetivo de devolver el equilibrio que esta actuación generó, la Asamblea General impuso las sanciones de indemnización de cinco mil dólares donados a la organización UNOCIC, la prohibición del ingreso de grupos pandilleros a las fiestas de la comunidad, la expulsión de la comunidad por dos años a los jóvenes involucrados con la obligación de los familiares de rehabilitarlos, las sanciones físicas y la sanción agravada al autor material del hecho.

Se destacó además que la Corte en la referida sentencia, analizó la transcendencia de lo comunitario para la comunidad indígena dentro de los procesos jurisdiccionales, ya que existen valores muy significativos que protegen y que en general se refieren a lo colectivo, lo cual va acompañado del carácter público que caracteriza estos procesos, puesto que toda la comunidad participa en su desarrollo.

En este sentido, existe una noción de responsabilidad diferente entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. En la primera se concibe a la responsabilidad como individual y subjetiva es decir atribuida a una persona en específico. Mientras que en la justicia indígena la responsabilidad adquiere una dimensión colectiva, ya que se la considera como una falla en la socialización o cultivo de virtudes comunitarias. Por lo expuesto, la Corte Constitucional mediante una indagación prolífica de las formas de administrar justicia en estas comunidades, determinó que la justicia indígena del pueblo Kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la

afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que la asume, juzga y sanciona en tanto genera un conflicto entre familias y la comunidad, cuya resolución se encuentra encaminada a devolver el equilibrio y armonía natural.

Por esta razón, la Corte Constitucional determina que la inviolabilidad de la vida es un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en el *ius cogens*, cuya garantía corresponde al Estado. En tal virtud, la Corte destacando la autonomía de las decisiones indígenas, establece que esta autonomía se encuentra sometida a la Constitución y a los derechos en ella protegidos, como es el caso de la inviolabilidad de la vida.

En este escenario, la Corte Constitucional en su rol de garante de los derechos constitucionales, deja en claro que esta medida no afecta la existencia de un derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que al contrario éste se encuentra plenamente garantizado y respetado, sin embargo, estos derechos al igual que los demás derechos que reconoce la Constitución “no son absolutos”, en tanto encuentran su límite en el ejercicio de otros derechos constitucionales. Razón por la que, el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio, está garantizado siempre y cuando, no contravenga los convenios internacionales de derechos humanos y la Constitución de la República.

De esta forma, se evidencia que la Corte Constitucional en aplicación del principio de favorabilidad de los derechos, no sólo garantizó los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, sino además armonizó la forma en que estos derechos son ejercidos, sin afectar la autonomía reconocida en la Constitución. Así, el máximo órgano de administración de justicia constitucional fue más allá, y determinó que la justicia penal ordinaria cuando conozca casos que involucren a ciudadanos indígenas, en aras de garantizar sus derechos, de manera obligatoria en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones, debiendo al momento de sancionar dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento.

Todos estos argumentos llevaron a la Corte Constitucional a establecer que en el caso concreto no se materializó el doble juzgamiento, toda vez que la justicia ordinaria y la justicia indígena protegen bienes jurídicos diferentes, y deben sustentar su accionar en permanente cooperación y coordinación, todo ello conforme lo establecido en el artículo 171 de la Constitución de la República.

En razón de aquello, la Corte Constitucional analizando el caso concreto, y en remisión a sus precedentes, resolvió en referencia al caso N° 036-10-CN disponer el archivo inmediato del proceso N° 412-2010 y cualquier otro que se derive de los hechos. Mientras que, respecto del caso N° 006-11-CN, la Corte dispuso se continúe con la tramitación de la causa N° 2010-0143, sustanciada en el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, siempre en uso de los criterios de interculturalidad y bajo los parámetros convencionales

y constitucionales que garantizan los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

De esta forma, la Corte Constitucional indagando sobre los procesos de juzgamiento indígena, reconoce un derecho propio de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, y consecuentemente garantiza el pluralismo jurídico característico en el modelo constitucional vigente.

Anexos

Anexo 1

D. M. Quito, 09 de diciembre del 2009

SENTENCIA N° 0008-09-SAN-CC

CASO N° 0027-09-AN

Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de Diciembre del 2009

*Jueza Constitucional Sustanciadora:
Dra. Nina Pacari Vega*

D. M. Quito, 09 de diciembre del 2009

SENTENCIA N° 0008-09-SAN-CC

CASO N° 0027-09-AN

Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

I. Antecedentes

De la demanda y sus argumentos

Los Doctores Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Enrique Quizhpe Quizhpe, en sus calidades de Rector (e) y Procurador (e), respectivamente, de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”, presentan esta acción por incumplimiento argumentando:

Que el 26 de noviembre del 2003, mediante Resolución RCP.S19.No.493.03, el CONESUP emite informe favorable para la creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”, con las recomendaciones de: “... 1. Que el proyecto de creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, tendrá una sola Sede Matriz y trabajará sobre la base de programas académicos en las diferentes comunidades. 2. Las diferencias que existen con referencia a la aplicación de las normas legales, en el Proyecto deberán ajustarse al momento de elaborar el Estatuto Orgánico de la Universidad, en el cual deberán establecerse normas

que regulen la estructura académica y administrativa ajustadas a la naturaleza específica de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas como Universidad Particular Autofinaciada, de conformidad con lo establecido en el Art. 20 de la Ley de Educación Superior. 3. Para efectos de organización administrativa, funcionamiento y designación de las autoridades de la Universidad a crearse, el H. Congreso Nacional designe al Pleno del CONSEUP para que actúe y supervise dichos procesos y el cumplimiento de la transferencia de dominio de todos los bienes a la Universidad. 4. Que en la Ley de Creación conste expresamente, que la nueva Universidad durante los próximos 5 años no podrá ofertar cursos de Postgrado...". (Lo subrayado es de los accionantes).

El 28 de julio del 2004 el H. Congreso Nacional, tomando como base el informe favorable, expide la Ley N.º 2004-40, publicada en el Registro Oficial N.º 393 del 05 de agosto del 2004, cuya consideración final dice: "Que es de interés nacional impulsar la creación de este Centro de Educación Superior que complementemente el sistema de educación intercultural bilingüe vigente en el Ecuador y básicamente enmarcado en el artículo 20 de la Ley de Educación Superior;...". (Lo subrayado es de los accionantes).

El artículo 3 de esta Ley dispone que la Universidad tendrá su domicilio principal en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; el artículo 4 manda que para el cumplimiento de sus finalidades contará con los siguientes centros del saber: Centro Kawsay o de la Vida, Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad, Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la Vida, Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo, y Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones.

En ningún artículo se contempla que la Universidad imparta inicialmente determinadas carreras; así como no se señala de manera expresa que funcione obligatoriamente los primeros 5 años en la ciudad de Quito; esto es, fuera del ámbito social para el que fue creada, distante de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas y de la jurisdicción donde funciona el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, en una ciudad donde el mismo CONESUP señala que existen 24 universidades con oferta para ciudadanos de pocos recursos económicos, donde habitan pocos indígenas emigrantes de escasos recursos que sobreviven como cargadores en los principales mercados.

El Estatuto Orgánico de la Universidad, aprobado por el CONESUP el 30 de noviembre del 2005, en el artículo 1, al describir la naturaleza, señala: "...descentralizada,... de plena autonomía para organizarse y cumplir sus fines esenciales, ..."; el artículo 2, inciso 2 dice: "Tiene su domicilio principal en la ciudad de Quito Distrito Metropolitano, su ámbito de acción es a nivel nacional, de acuerdo a su cosmovisión organizacional ajustándose a los términos descritos en este estatuto." (lo subrayado es de los accionantes); el artículo 9, al referirse a la Sede, no contempla la obligatoriedad de hacer actividad académica en la ciudad de Quito. En concordancia con el carácter descentralizado señala: "La Sede Central de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi, está en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, constituye una comunidad intercultural que orienta el trabajo académico, investigativo, administrativo y financiero en una constante

interrelación con las diferentes Sedes Universitarias Interculturales SUIs, inspirada en los valores culturales de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas".

El Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Ecuador, en los numerales 1 y 3 del artículo 27 señala: "1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales...", "3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados para tal fin".

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre del 2007, en el numeral 1 del artículo 14 dice: "Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que imparten educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje".

La Conferencia Regional de Educación Superior de América Latina y el Caribe (CRES), celebrada del 04 al 06 de junio del 2008, con el auspicio del Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC-UNESCO), en el que participó la delegación del CONESUP, al pronunciarse sobre la diversidad cultural y la necesidad de ampliar la cobertura de la educación superior, en su resolución señala: "...C – Cobertura y modelos educativos e institucionales... 2- Dada la complejidad de las demandas de la sociedad hacia la Educación Superior, las instituciones deben crecer en diversidad, flexibilidad y articulación. Ello es particularmente importante para garantizar el acceso y permanencia en condiciones equitativas y con calidad para todos y todas, y resulta imprescindible para la integración a la Educación Superior de sectores sociales como los trabajadores, los pobres, quienes viven en lugares alejados de los principales centros urbanos, las poblaciones indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, migrantes, refugiados, personas en régimen de privación de libertad, y otras poblaciones careciadas o vulnerables. 3 – Se deben promover la diversidad cultural y la interculturalidad en condiciones equitativas y mutuamente respetuosas. El reto no es sólo incluir a indígenas, afrodescendientes y otras personas culturalmente diferenciadas en las instituciones tal cual existe en la actualidad, sino transformar a estas para que sean más pertinentes con la diversidad cultural. Es necesario incorporar el diálogo de saberes y el reconocimiento de la diversidad de valores y modos de aprendizaje como elementos centrales de las políticas, planes y programas del sector...".

La Constitución vigente reconoce para las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos colectivos diferenciados, entre los cuales está la educación intercultural bilingüe: citan los artículos 57 numeral 14, 29, y 347 num. 9.

Mediante resolución del CONESUP N.º RCP.S13.No.268.04 del 22 de julio de 2004, acto administrativo que, señalan, es inferior a la Ley de Creación de la Universidad, al Convenio 169 y a la Constitución, con un texto inaplicable y contrario al carácter o tipo de universidad de por sí descentralizada, como es esta Universidad, creada con fundamento en el artículo 20 de la LOES para que complemente el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, dispone que a partir del 30 de noviembre del 2005, esta Universidad limite su actividad académica solamente a la ciudad de Quito por el tiempo de 5 años.

Este hecho vulnera los derechos humanos más fundamentales, constitucionales y legales de las comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas que reclaman por la urgente descentralización de todas las actividades estatales que permita acortar la brecha de inequidad existente entre el campo y la ciudad.

Hacen referencia a las distancias geográficas de los Pueblos Kichwas Saraguros, Kañairs, Puruhaes, Waramkas, de los Shuar, los Awá, los Chahchis, entre otros, para llegar hasta Quito; y se preguntan: *¿qué puede hacer entonces la Universidad Amawtay Wuasi, sin sus estudiantes en la ciudad de Quito D.M., por el lapso de 5 años?*

Haciendo uso de sus derechos, presentaron una propuesta para abrir tres programas, uno en Saraguro –Loja–, otro en Sisid –Cañar–, y otro en Macas –Morona Santiago–; señalan que la respuesta fue obvia, bajo la premisa: *“...la inflexibilidad y la práctica del monismo jurídico de los miembros CONESUP, ante sociedades vulnerables como son las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas”.*

Mediante oficio N.º 004060 CONESUP-DA del 28 de octubre del 2008, les manifiestan: *“...4. La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”, no cumple con el período de cinco años de funcionamiento legal, para ampliar su oferta académica de pregrado, en otras áreas del conocimiento, en otras modalidades de estudios, en otros niveles de formación y fuera de su ámbito de acción. Por tanto, una vez que la Universidad cumpla con este requerimiento, podrá presentar el o los proyectos académicos de tal manera que permita ampliar su oferta académica, en los diferentes niveles de formación y modalidades de estudios, en su ámbito de acción o fuera de ella”.* (Lo subrayado es de los accionantes). Señalan que su ámbito de acción no es la ciudad de Quito exclusivamente: de acuerdo con la ley, son los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas con su sede principal en Quito.

El 02 de febrero del 2009, tras la petición verbal que hiciera al Presidente del CONESUP entorno a reconsiderar la negativa indicada, el Pleno del organismo trató el caso dando lectura al informe jurídico favorable; luego de las intervenciones, la petición fue denegada sin mayor argumento jurídico, sin motivación.

Derechos vulnerados

Los accionantes señalan que con estos hechos se han violado e incumplido las siguientes disposiciones constitucionales y legales: artículos 1, 26, 27, 28, 29, 57 numeral 14, 347 numerales 3, 9, 10, 11; 350, 351, 355, 356, 425, 426 y 427 de la Constitución; artículo 27, numerales 1 y 3 del Convenio 169 de la OIT; artículo 14, numeral 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículo 20 de la Ley Orgánica de Educación Superior; la Ley de Creación de la Universidad “Amawtay Wasi” (N.º 2004-40); la Resolución del CONESUP RCP.S19.No.493.03 del 26 de noviembre del 2003, recomendación 1; Los artículos 2, inciso 2, y artículo 9 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”.

Pretensión Concreta

Los legitimados activos señalan que el CONESUP al considerar y tratar a la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI” como una universidad de tipo convencional, pese al régimen especial que le asiste y en virtud del cual fue creada, de las normas constantes en el Capítulo Cuarto, Título Segundo, artículos 56 y 57 de la Constitución de la República del Ecuador, referentes a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como las normas del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, estaría incumpliendo con los artículos 4 de la Ley de Creación de la Universidad “AMAWTAY WASI” y artículo 31 de su estatuto.

Del legitimado pasivo: la contestación y los argumentos

El artículo 76 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en su inciso primero señala:

“Art. 76.- Legitimación pasiva.- La demanda de incumplimiento se dirigirá contra la autoridad, funcionario, la jueza o juez, o particular, renuente de cumplir la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia, o informe, de que trata el artículo 93 de la Constitución.”

Mediante providencia del 19 de agosto del 2009, la Segunda Sala de Sustanciación de esta Corte dispone notificar con el contenido de la demanda al Presidente del CONESUP, a fin de que pronuncie, dentro del término de 72 horas, sobre esta acción.

El Dr. Gustavo Vega Delgado, en su calidad de Presidente y representante legal del CONESUP, con escrito presentado extemporáneamente el 02 de septiembre del 2009, señala:

La acción es improcedente porque no cumple los requisitos señalados en el artículo 93 de la Constitución, tampoco con las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional.

De la simple lectura del libelo de la acción por incumplimiento se desprende que no cumple con el objeto de la misma, pues no hay ninguna ley, sentencia o informe de organismo internacional de derechos humanos que no haya sido cumplido por el CONSEUP.

El libelo de la acción es una defensa del Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, una defensa de los pueblos indígenas, en lo que han estado y están de acuerdo y han promovido y defendido la creación de la Universidad Intercultural "Amawtay Wasi".

El 09 de junio del 2008, mediante oficio N.º 0062, el Rector de esta Universidad solicitó al CONESUP autorización para el funcionamiento de Centros Universitarios Interculturales en Macas (Morona Santiago), Sisid (Cañar) y Tenta (Loja), agregando que han presentado los justificativos como manda el artículo 7 del Reglamento para la creación de Extensiones Universitarias.

Esta petición se fundamentó en la quinta consideración de la Ley de Creación de la Universidad, en el artículo 2 del Estatuto aprobado por el CONESUP y en el artículo 26 del Convenio 169 de la OIT.

El 28 de octubre del 2008, mediante oficio N.º 004060, el Director Ejecutivo del CONESUP contesta señalando: que en sesión del 22 de julio del 2004 se ha ratificado el criterio de que las universidades: "...mantendrán por los cinco años subsiguientes a su apertura legal la estructura académica que se encuentra en su ley de creación, y que la Universidad no cumple con el período de cinco años de funcionamiento legal para ampliar su oferta académica.". Que la resolución del 22 de julio de 2004 ha quedado sin efecto al aprobarse el 30 de octubre del 2008 el Reglamento de Régimen Académico, el que, en su artículo 112, dice que las instituciones de educación superior deberían tener al menos cinco años de funcionamiento para presentar propuestas de extensiones, y el artículo 108 define a las extensiones como unidades académicas que funcionan en lugar diferente al de la matriz, en el cual se oferta al menos dos carreras.

Están claros que la Universidad Intercultural es una institución especial, creada al amparo del artículo 20 de la Ley de Educación Superior, que se orienta a la educación intercultural bilingüe y al fortalecimiento y desarrollo científico, tecnológico, económico y cultural de los pueblos indígenas, por lo cual merecen un tratamiento especial en el marco del artículo 26 del Convenio 169 de la OIT.

La Universidad pretende la creación de centros en localidades en donde evidentemente hay predominio de pueblos indígenas y en donde deben funcionar exclusivamente los mismos centros de vida, de la interculturalidad, de las tecnociencias para la vida, del mundo vivo y de las cosmovisiones, que son su estructura académica según su Ley de Creación, por lo cual, los proyectos presentados deberían ser analizados y tramitados por la Dirección Académica y conocidos por el Pleno del CONESUP.

El legitimado pasivo concluye pidiendo el rechazo de la acción presentada por improcedente, que no debió ser admitida a trámite, pues no hay fundamento para la misma.

II. Competencia de la corte para el período de transición de la admisión y la competencia

El 26 de marzo del 2009, ante la Corte Constitucional se presenta la acción que nos ocupa. Mediante auto del 05 de agosto del 2009 la Corte Constitucional, a través de la Sala de Admisión, considerando que la presente acción por incumplimiento, sometida a juicio de admisibilidad, reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 49 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, y de conformidad con el artículo 6, inciso primero ibídem, la admite a trámite. La Secretaría General de la Corte, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de las Reglas señaladas, remite el 07 de agosto del 2009 a la Segunda Sala, como Sala de Sustanciación, para el trámite respectivo; el 19 de agosto del 2009 la Sala de Sustanciación realiza el sorteo de rigor, correspondiendo como Jueza Constitucional Sustanciadora la Dra. Nina Pacari Vega.

Acorde al artículo 436, numeral 5 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es competente para:

"5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías ordinarias."

Por su parte, las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el Periodo de transición, publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, trata de esta acción en el *Capítulo VI LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS, Sección VII ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, Arts. 74 al 79*; de manera particular, el artículo 77 señala:

"Art. 77.- Competencia.- Es competente para conocer la demanda por acción de incumplimiento, el Pleno de la Corte Constitucional."

III. Determinación de los problemas jurídicos que se resolverán

Para decidir el fondo de la cuestión, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso, a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Cuál es el marco general de la acción por incumplimiento?
2. ¿En qué contexto jurídico-constitucional se crea la Universidad Intercultural “Amawtay Wasi”?
3. ¿En qué marco jurídico se encuentran los derechos colectivos, de manera particular, la educación intercultural?
4. ¿Cuáles fueron los parámetros jurídico-legales para la aprobación de la Universidad Intercultural?
5. El marco conceptual, académico, administrativo y estructural que impulsa la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi” ¿amerita un tratamiento y/o una respuesta desde la visión de los derechos colectivos, del principio de la diversidad cultural, de la cosmovisión de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas; o se agrupan en las líneas convencionales de la educación?
6. ¿Qué implica una interpretación con perspectiva intercultural?

IV. Argumentación de la Corte sobre los problemas jurídicos a resolver

Sobre el marco general de la Acción por Incumplimiento

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como el adoptado por nuestro país con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, la persona debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

En este marco, la Corte Constitucional está llamada a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional, y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.

En los Estados de Derecho más consolidados, esta función de garantía del orden jurídico la cumple una Corte o Tribunal Especial, que tiene como función primordial, garantizar el principio de la supremacía de la Constitución; es así que la Corte Constitucional deviene como consecuencia lógica de la evolución histórica del control constitucional en el Ecuador.

Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde

se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos.

La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna. *Norberto Bobbio* sosténía que el problema de fondo no es tanto fundamentar los derechos humanos sino protegerlos.

El juez constitucional, en su labor hermenéutica, tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos constitucionales; al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que en estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos; el juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la defensa de los derechos fundamentales. La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos. Como bien lo dice *Robert Alexy*, los jueces constitucionales ejercen una “representación argumentativa”.

Es en este escenario de un Estado Constitucional de Derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico como el nuestro, conforme lo señala el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que la Acción por Incumplimiento, establecida en el artículo 93 de la Norma Suprema, edifica una garantía constitucional en aras de garantizar la aplicabilidad de las normas que conforman el sistema jurídico, el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación expresa y exigible de hacer o no hacer, para lo cual se interpondrá ante la Corte Constitucional esta acción.

De la Acción por Incumplimiento

La acción por incumplimiento o también llamada acción de cumplimiento, tal como lo atestigua la historia constitucional latinoamericana, ha sido pensada para evitar que este tipo de situaciones afecten los derechos constitucionales de los ciudadanos y ciudadanas (Colombia 1991, Perú 1993, Venezuela 1999, Ecuador 2008).

En el marco del Derecho comparado, tenemos que la constituyente colombiana en 1991 tuvo que enfrentar estos casos de inacción, donde el servidor público “acata la ley pero no la cumple”, tal como lo señaló el constituyente colombiano *Álvaro Gómez Hurtado*.

En el caso ecuatoriano, el constituyente *Fernando Vega*, señaló que: “Se ha incluido la Acción por Incumplimiento que garantiza la aplicación de las normas que

integran el sistema jurídico, y la ejecución de sentencias o informes de cortes u organismos internacionales de derechos humanos, y que no sean ejecutables por las vías de apremio ordinarias. Con ello, las autoridades, funcionarios administrativos o particulares deberán acatar estas decisiones, que antes no tenían garantía de ejecución”¹.

Varios constitucionalistas señalan que: “Esta acción incide positivamente en conformar a los ciudadanos como garantes de la Constitución, en este caso controlando la ausencia de desarrollo de los mandatos que la constitución y las leyes dirigen a los poderes públicos”².

Por su parte, el tratadista *Eduardo Rozo*, en una prospectiva regional nos enseña que: “Respecto de la acción de cumplimiento hay que recordar que tiene como fin primario la realización efectiva de las constitución y las leyes, cuando las autoridades públicas o los particulares no las respetan o las omiten. Pero más allá de este fin y no obstante su importancia fundamental, su filosofía que esta a la base de esta garantía es la de la protección judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas y de la sociedad, el acceso completo a la justicia para lograr la mayor efectividad en el respeto de los derechos humanos y constitucionales”³.

En el marco del derecho constitucional comparado, se puede apreciar que durante las últimas décadas, particularmente en América Latina, se ha dado un proceso permanente y progresivo del reforzamiento de los derechos humanos y de sus garantías; en este escenario es que se ha introducido en los ordenamientos constitucionales una más clara y completa formulación de derechos y, simultáneamente, se han constitucionalizado diversos institutos procesales de exigibilidad y defensa de la Constitución y la ley; uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley es precisamente esta acción, la cual, en las Constituciones de Colombia (1991) y de Perú (1993) la han denominado Acción de Cumplimiento⁴, acción que, en términos generales, “es el proceso constitucional por medio del cual se empodera a los ciudadanos, del derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso, que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general”⁵.

1 Ver. Asamblea Constituyente del Ecuador, Mesa Constituyente No.8, Justicia y Lucha contra la Corrupción, Informe de Mayoría. Ponente: Fernando Vega. (Montecristi, 27 de junio de 2008).

2 Dictamen del Proyecto de Constitución de Bolivia. (R. Vicciano y R. Martínez). La Paz: REPAC- CEPS. 2008. Pág. 44. Así también de Rosario Baptista y Carlos Mamani: Documento de trabajo “Análisis y propuestas de la Comisión Derechos, Deberes y Garantías”. La Paz: PNUD- IDEA Internacional, 2008.

3 ROZO, Eduardo. *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, Pág. 349.

4 Constitución de Colombia: “Art. 87.- Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”

Constitución de Perú: “Art. 200.- Son garantías constitucionales: ... 6) La Acción de Cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.”,

5 CASTRO PATIÑO, Iván. “La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de la Nueva Constitución del Ecuador”. Guayaquil. junio 2008.

Es en las construcciones teóricas del constitucionalismo, del neo-constitucionalismo en su clara tendencia finalista, en donde se encuentra el fundamento doctrinario de la acción por incumplimiento, como una garantía constitucional encaminada a conseguir la eficacia de las normas jurídicas y, a través de su aplicación, la vigencia de la normativa social y democrática en ellas inmersa⁶.

En nuestro país, el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución de la República, señala que es competencia de este Organismo conocer y resolver a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten, con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativo de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador señala que la que la Acción por Incumplimiento, en primer lugar “tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico”, amplio concepto que concuerda con lo dispuesto en el artículo 436 ibidem, al determinar las atribuciones que ejercerá la

6 Tomando a la Corte Constitucional colombiana, esta ha señalado que en un Estado Social de Derecho es esencial consagrar la eficacia material de la normativa jurídica, así como de los actos administrativos que dentro de sus respectivas competencias expiden las autoridades; el Consejo de Estado de la República de Colombia, al referirse a la acción de cumplimiento, subraya que la eficacia de las normas jurídicas se encuentra íntimamente vinculada con la concepción del Estado Social de Derecho, al señalar: “El referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que no es ajeno al Estado Social de Derecho, pues si este busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de esta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial.” LONDOÑO TORO, Beatriz. “Balance de las acciones de cumplimiento en la Constitución de 1991”, ensayo incluido en la obra “La Constitución por Construir”. Centro Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá 2001. Páginas 100 y sgts.

El pleno de la Corte Constitucional de Colombia mediante auto de 10 de diciembre de 1992, con ponencia del magistrado Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, señaló: “La Acción de Cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad”. Remarcando más la vinculación de la Acción de Cumplimiento con los principios medulares que conforman el Estado Social de Derecho la misma Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia C-157 del año 1998, señaló: “El objeto y finalidad de esta Acción es otorgarla a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida Acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tiendan a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económicos justos”.

Corte Constitucional, además de las que le confiera la Ley, señalando, como queda indicado en el numeral 5 de dicho artículo, que puede: *“Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”*.

Sobre el contexto en medio del cual se crea la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”

El Ecuador, hasta el 09 de agosto de 1998, era un Estado que reconocía al individuo como único sujeto de derechos; con la vigencia de la Constitución de 1998 se produce un giro de trascendental importancia en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas y afroecuatorianos; es así como se reconoce a un sujeto distinto, el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que ha reivindicado derechos a lo largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato respetuoso de lo distinto por parte del Estado.

A partir de este marco constitucional adoptado en 1998, se produce el reconocimiento; como lo señala el tratadista *Gaitán Villavicencio*: la reparación histórica, al *“reconocer la diversidad sociocultural existente en la formación social, como la supervivencia histórica de las ancestrales instituciones de pueblos y nacionalidades indígenas y la vigencia contemporánea de estas con la cotidianidad de la vida colectiva”*.⁷

En el carácter de este nuevo estado, el reconocimiento de los derechos colectivos, y sobre todo en la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, permite afirmar la existencia no solo de un sistema jurídico-institucional indígena, de acuerdo a los usos y costumbres de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas, sino de la diversidad cognitiva, es decir, de la diversidad en cuanto a la producción de conocimientos.

La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad.

Tanto en la teoría como en la práctica se evidencia que desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas regulaban su existencia, lo cual muestra que *“los sistemas sociales generan su propia regulación a través de reglas, costumbres y símbolos. (...) y defienden un concepto amplio de derecho y el interés de enfocarse particularmente en las prácticas jurídicas no estatales, lo que significa cuestionar el axioma occidental de identificar lo jurídico con el derecho del estado.”*⁸

Cabe destacar que los sistemas comunitarios constituyen una práctica real, dotada de fases procedimentales que rigen manifestaciones sociales de las comunidades, según valores predeterminados en estas unidades micropolíticas que suscitan una reinserción del equilibrio en sus relaciones afectadas por problemas de diversa índole.

Se puede aseverar que al igual que existen principios universales del derecho, también se encuentran incorporadas las prácticas comunitarias andinas y latinoamericanas. Estas filosofías universales que podemos deducir son: armonía y equilibrio social, respeto a la naturaleza e integridad humana, interrelación simbiótica del ser con su entorno, aplicación de la sabiduría ancestral, que no es otra cosa que la “sabiduría en ejercicio”, y la protección de la vida comunitaria, lo cual implica, para su mejor y cabal comprensión, la introducción en los sistemas procesales e institucionales estatales, la práctica intercultural que permita, “para vivir en diversidad”, el aceptar que se trata de un Estado pluricultural y multiétnico.

En este nuevo escenario constitucional, el Estado ecuatoriano pasa a garantizar, a través de los derechos colectivos, la experiencia de gestión de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, así como las instituciones ancestrales, como por ejemplo, la Minka –trabajo colectivo–, el ser humano, la comunidad, el diálogo y la relación con la Pacha Mama –madre naturaleza– todo ello en el marco de los derechos reconocidos y señalados en el artículo 84 de la Constitución Política de 1998 (actual artículo 57 de la Constitución vigente), a partir de lo cual se propicia el diálogo de culturas en la interrelación respetuosa de una sociedad pluricultural. En este sentido y amparados en la Constitución que expresa el respeto y estimula el desarrollo de estas nacionalidades y pueblos, es que la educación es uno más de sus patrimonios, que constituye elemento esencial de su identidad.

En este marco, el Estado debe promover y estimular la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica, establecer políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto al patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, así como el conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad pluricultural y multiétnica. El Estado debe fomentar la interculturalidad, inspirar sus políticas e integrar sus instituciones, según los principios de equidad e igualdad de las culturas, así como garantizar los derechos colectivos, enmarcados en el texto constitucional y en los

7 VILLAVICENCIO, Gaitán. *“Pluriculturalidad e Interculturalidad en el Ecuador”*

8 LOPEZ BARCENA, Francisco. *“Derecho y Justicia en el Estado de Oaxaca – México.”*

tratados y convenios internacionales respecto a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo, aspectos auto-determinados por nacionalidades y pueblos que tienen reconocimiento oficial del Estado ecuatoriano y que permite la visibilización y desarrollo de estos pueblos.

El reconocimiento e incorporación de los derechos de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas (derechos colectivos) en el país, además de establecerse dentro de los ámbitos jurídicos y administrativos del Estado ecuatoriano, supone propiciar la interculturalidad como eje de desarrollo del país; su implementación debe realizarse de manera progresiva en los ámbitos educativos, sociales y culturales en los que se desarrolla el ser humano, en especial el indígena, históricamente excluido de las decisiones políticas y públicas del Estado.

En este contexto del reconocimiento de los derechos colectivos y de la diversidad cultural adoptada a partir de la Constitución Política de 1998, es que el 26 de noviembre del 2003 el Consejo Nacional de Educación Superior emite su informe favorable para la creación de la Universidad "Amawtay Wasi", centro de estudios, el cual nace a la vida jurídica mediante Ley N.º 2004-40 publicada el 05 de agosto del año 2004, como una muestra práctica de la articulación y de un desarrollo armónico de democracia e interculturalidad.

Sobre el marco jurídico en que se encuentran los derechos colectivos, de manera particular la educación intercultural

Los derechos de los pueblos indígenas del Ecuador, su derecho consuetudinario en general, y la educación en particular, se encuentran actualmente reconocidos en la Constitución en el *Título II DERECHO, Capítulo Cuarto Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, Arts. 56-60*, que en lo pertinente señalan:

"Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

[...sic...]

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales;....[sic]

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.... [sic].

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres. (Lo subrayado es nuestro).

A través de estos preceptos se reconoce el derecho colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas a conservar y desarrollar no solo sus formas de organización tradicionales, sino sus instituciones; a proteger y desarrollar sus conocimientos, ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; a desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, el mismo que se basa en criterios de calidad, conforme a la diversidad cultural, todo ello en aras del cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje que estipula la misma Constitución.

El reconocimiento de la existencia de estos derechos se halla fortalecido con la ratificación del Convenio 169 de la OIT⁹, el cual, en su parte pertinente relativa al caso, dice:

"Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

[...sic...]

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

⁹ El Ecuador ratificó en abril de 1998 el Convenio 169 de la OIT, mediante resolución Legislativa sin número, publicada en el Registro Oficial 304 del 24 de abril de 1998, ratificada el 30 de abril de 1998.

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida."(Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación,... [sic]". (Lo subrayado es nuestro)

"Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados... [...sic...]" (Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

[...sic...]"

"Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas

establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin." [...sic...]. (Lo subrayado es nuestro).

El Convenio 169 de la OIT, en el ámbito comparativo internacional inherente a los Pueblos indígenas, es el instrumento jurídico más completo y específico, aunque no suficiente frente a la demanda indígena; convenio que garantiza el reconocimiento y vigencia de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas; constituye la base legal por medio de la cual se exige el respeto de los derechos humanos específicos de las nacionalidades y pueblos indígenas. Principios como el del respeto y desarrollo de sus conocimientos colectivos, saberes ancestrales, la educación intercultural bilingüe, sus metodologías y enseñanzas, son bases que impulsan y que marcan una nueva forma de relación entre Estados y pueblos indígenas. Esta relación significa que los pueblos indígenas tienen por sí mismos voz, ellos mismos se auto identifican como tales y deciden su propio futuro; tienen reivindicaciones propias; no existen personas superiores ni inferiores; los pueblos indígenas como sujetos de derechos asumen también obligaciones; en suma, implica una nueva dimensión en la relación y respeto de los Estados hacia las nacionalidades y pueblos indígenas. Se podría afirmar, entonces, que se han creado nuevas condiciones jurídicas de obligatorio cumplimiento, que posibilitan espacios de concertación y nuevas formas de encontrar soluciones.

No obstante, en la mayoría de casos en donde se involucran y/o violan los derechos humanos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas, se denota claramente que ni las autoridades ni las instituciones aplican el Convenio 169 de la OIT, ni las normas constitucionales ni las jurisprudencias nacionales e internacionales existentes sobre la materia, provocando una evidente incongruencia en la vida jurídica del país.¹⁰

10 Ver Corte Constitucional Colombiana sentencias: Sentencia T-188/93 "La Constitución Política... reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación... Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas- conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales... gozan de un status constitucional especial... ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no son contrarios a la Constitución o a las leyes... se gobernan por consejo indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley... y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable." Sentencia T-188/93 "En atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución... consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación..." [sic] "Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígenas guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se

Todas las disposiciones que quedan indicadas reconocen, garantizan y protegen a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10 CRE), siendo un imperativo el tomar en cuenta el principio de diversidad cultural; reconocen la existencia de entidades históricas con organización, institucionalidad, dignidad, nociones e identidad propia. Vale recordar que las sociedades o colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado en base a instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógica jurídica propias; parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades ha sido la existencia y ejercicio de sus conocimientos ancestrales, lo que les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas a pesar de la exclusión y discriminación.

Este marco de derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas también ha sido reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas al adoptar el “Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos”,¹¹ el cual consiste en una codificación del derecho internacional, y el artículo 27 garantiza:

“Art. 27.-...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...”.

Por otro lado, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó y proclamó solemnemente la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”¹², que en la parte pertinente señala:

estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.” [sic] “...la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica...”

Sentencia T-380/93 “La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando esta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimientos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personalidad sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo que único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados...”

11 Este Convenio data de 1996 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

12 Esta Declaración fue adoptada en la sesión levada a efecto el jueves 13 de septiembre de 2007, en Nueva York.

“Artículo 1. Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (3) y la normativa internacional de los derechos humanos.” (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 11. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales... [...sic...].” (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 12. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; [...sic...].” (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 14. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.” [...sic...].” (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 15. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.” [...sic...].” (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 31. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas,... [...sic...].” (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 43 Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.” [...sic...].” (Lo subrayado es nuestro).

Para el ejercicio de los derechos garantizados en la Constitución, en los Convenios internacionales, y que son de directa e inmediata aplicación, no se exigirán condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, así como tampoco ninguna norma podrá restringir el contenido de los mismos¹³; consiguientemente, ninguna autoridad o institución, pública o privada, puede, por desconocimiento, violentar e inobservar las

13 Ver Art. 11 num. 3 y 4 de la CRE.

disposiciones, pues la Constitución es una norma de vigencia automática, de efecto general, obligatoria y forzosa, ya que rige el principio de supremacía; es la norma de normas, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, de aquella pirámide que ha señalado Kelsen. Por otro lado, cuando los convenios o tratados internacionales están reconocidos y ratificados por el Estado ecuatoriano, estas normas tienen el carácter de imperantes y forman parte del Bloque de Constitucionalidad.¹⁴

Debemos considerar que la evolución de los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas en normas supranacionales y nacionales, de preeminencia sobre las leyes ordinarias y/o sobre normas secundarias, vino a actualizar el tema del derecho propio de los pueblos; en este marco, las diferentes normas que quedan referidas no contravienen la Constitución, pues no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental, sino que tratan aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria; tampoco violan el principio de la igualdad ante la Ley al clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, ya que discriminador sería tratar como iguales a quienes no lo son. En esta parte, en lo que respecta al principio de igualdad, cabe remitirnos al tratadista *Carlos Bernal Pulido*, quien señala: *“El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).”*¹⁵

14 Ver Art. 424 de la CRE.

15 BERNAL PULIDO, Carlos. *“El Derecho de los Derechos”*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1ra ed., 2005, 4ta., reimpresión, p.257.

Bajo este criterio doctrinario, y siguiendo al mismo autor, el derecho a la igualdad, proyecta dos mandatos distintos: *“la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley”* el primero se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación de la administración de justicia y en relación de los particulares; y, el segundo alude al carácter que define al derecho como fundamental, es decir con eficacia vinculante frente al legislador.

Sobre el marco jurídico y los parámetros de la aprobación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”

Mediante Resolución N.º RCP.S19.No.493 del 26 de noviembre del 2003, el Consejo Nacional de Educación Superior emite el informe favorable para la creación de la Universidad “Amawtay Wasi”. En esta resolución, que obra a fs. 2 del expediente, consta claramente que entre las recomendaciones para este centro de estudios se señala:

“1. ...tendrá una sola Sede Matriz y trabajará sobre la base de programas académicos en las diferentes Comunidades.”

Recomendación que claramente precisa que, si bien es cierto habrá una sola Sede, indica también que este centro de estudios trabajará sobre “programas” académicos a desarrollarse, y así lo precisa con la conjunción gramatical “en” lo cual quiere decir *“(Del lat. In). Prep. Denota en qué lugar, tiempo o modo en que se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere...”*¹⁶, esto es, que tanto el centro de estudios “Universidad Amawtay Wasi”, que dejando de lado su sede que se ubica en un lugar determinado, en este caso la ciudad de Quito, sus programas académicos deben llegar “hasta” las comunidades en donde se encuentran asentadas originaria, histórica y ancestralmente las nacionalidades y pueblos indígenas; todo ello incluso bajo una cosmovisión completamente diferente a la convencional, en donde la persona va hasta un centro de estudios en busca de conocimiento, cuando en estas realidades de los pueblos indígenas, el conocimiento está allá en la naturaleza, en los mismos pueblos, en su entorno; en consecuencia, el centro de estudios debe trasladarse hasta aquellos lugares para recibir y nutrirse, juntamente con los mismos pueblos, de sus “saberes o conocimientos”.

Por otro lado, en el informe favorable del CONESUP para la creación de esta Universidad, se formula otra recomendación que dice:

“2. Las diferencias que existen con referencia a la aplicación de las normas legales, en el Proyecto deberán sujetarse al momento de elaborar el Estatuto Orgánico de la Universidad, en el cual deberán establecerse normas que regulen la estructura académica y administrativa ajustadas a la naturaleza específica de la Universidad Intercultural...”

Recomendación que evidencia el reconocimiento de las “diferencias” que este centro de estudios tendría con los demás de corte occidental, para lo cual se establece precisamente que estas “diferencias” se las ajustará en el Estatuto, donde se establecerán

16 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA “DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA”. Vigésima Segunda Edición. 2001. Tomo I. pág. 891.

normas que regulen su estructura (académica y administrativa), siempre a la luz de su naturaleza especial.

En lo que respecta a estos “ajustes”, dada la “diferencia” y característica “especial” de esta Universidad, la misma Ley de Creación, publicada en el Registro Oficial N.º 393 del 05 de agosto del 2004, señala en su artículo 4 que:

“Art. 4.- La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”, para el cumplimiento de su finalidades contará con los siguientes centros del saber:

Centro Kawsay o de la Vida;

Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad;

Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la Vida;

Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,

Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones.”

Con lo cual se determina que esta Universidad, vale decir, en cuanto a su estructura académica, “centros de saber”, será precisamente a través de estos “centros” que podrá cumplir con sus fines, trasladándose aún más a los territorios o comunidades donde se encuentran asentados los pueblos o nacionalidades indígenas, que serán el “destinatario final de la educación”.

Por su parte, el Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”, debidamente aprobado por el CONESUP, establece precisamente los “ajustes” acorde a la “diferencia” y dada la naturaleza “especial” de este Centro de Estudios; en este cuerpo normativo se señala lo atinente a su estructura administrativa, académica y demás circunstancias propias conforme a su realidad. Así, el inciso segundo del artículo 31 señala:

“Iniciará sus actividades académicas, por medio de los Centros del saber de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas -Amawtay Wasi, que son unidades organizativas de carácter académico y administrativo que se estructuran en torno a grandes campos de conocimiento y están coordinadas por un Consejo centro. Son los siguientes:

Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad;

Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la Vida;

Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,

Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones.

Se excluye al Centro Kawsay o de la vida, pues no contiene trazas de especialización”

(Lo subrayado es nuestro).

Con la cual se confirma y evidencia que la Universidad Intercultural “Amawtay Wasi” responde y ha ajustado su estructura a las particularidades y diferencias propias, dada su naturaleza, como Centro de Estudio de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, considerando los dos aspectos fundamentales: **a)** que sus actividades académicas se harán efectivas *“por medio”* de los centros del saber; **b)** que logra definirlos como *“unidades organizativas”*. De ahí que habiendo cumplido con las recomendaciones del CONESUP, y este haber aprobado el Estatuto de la Universidad “Amawtay Wasi”, bajo el parámetro de la diversidad cultural y su naturaleza especial, resulta discriminatoria la nueva exigencia del CONESUP, exigencia que a la vez incurre en inconstitucional.

Sobre si el marco conceptual, académico, administrativo y estructural que impulsa la Universidad “Amawtay Wasi” amerita un tratamiento, una respuesta desde la visión de los derechos colectivos, del principio de la diversidad cultural, de la cosmovisión de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, o se agrupan bajo las líneas convencionales de la educación.

En el caso *sub iudice*, el CONESUP ha respondido mediante Oficio N.º 004060 CONESUP-DA del 28 de octubre del 2008, obrante a fs. 23 del expediente, ante la solicitud formulada por la Universidad “Amawtay Wasi” entorno a que se autorice el funcionamiento de los Centros Universitarios Interculturales en Macas (provincia de Morona Santiago), Sisid (provincia del Cañar) y Tenta-Saraguro (provincia de Loja), señalando entre otras cosas que:

“4. La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”, no cumple con el período de cinco años de funcionamiento legal, para ampliar su oferta académica de pregrado, en otras áreas de conocimiento, en otras modalidades de estudios, en otros niveles de formación y fuera de su ámbito de acción...”.

Esta respuesta negativa evidencia no solo una desnaturalización en cuanto a la garantía en el ejercicio de los derechos colectivos, sino que es abiertamente inconstitucional, pues pretende cobijar bajo un análisis común, a un Centro de Estudios que, dada su naturaleza, sus parámetros de creación, su estructura académica (no bajo el criterio común y general de facultades, escuelas, etc.), su estructura administrativa y sus actividades sobre la base de “programas académicos” se las debe realizar *“en”* las diferentes comunidades. Siendo así, la respuesta dada por el CONESUP dista enormemente de su realidad y del marco constitucional que garantiza el ejercicio de derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas, al pretender considerar que esta Universidad aspira ampliar “ofertas académicas”, desnaturalizando el claro contenido normativo y constitucional.

Por otro lado, se señala que el CONESUP ha expedido la resolución RCP.S13.No.268.04 del 22 de julio del 2004, la cual, más allá de constituir un acto de carácter general, en tanto y en cuanto se refiere a “todas” las universidades del país, dado el carácter de específico y especial, la situación de la Universidad “Amawtay Wasi”, acorde

a su ley de creación y de conformidad con la Ley Orgánica de Educación Superior,¹⁷ debe ser entendida que está inmersa en un régimen y tratamiento especial, proveniente u orientada por la educación intercultural bilingüe, por el fortalecimiento y desarrollo científico, tecnológico, económico y sobre todo cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas, al amparo del carácter pluricultural del Estado y los derechos colectivos definidos en la Constitución Política de 1998 y reformados en la Constitución vigente.

El informe favorable emitido por el Asesor Jurídico del CONESUP expresamente señala que dada la condición “especial” de este centro de estudios, acorde a la cosmovisión y a la estructura misma de esta universidad, se sugiere que se apruebe su pedido; lamentablemente, este informe no fue acogido. Todo ello evidencia, una vez más, el criterio general y común con el cual se ha dado tratamiento y/o respuesta al pedido de este Centro de Estudios, en donde incluso se llegan a confundir a sus “centros del saber” con carreras tradicionales de oferta académica, así como a los programas a implementarse en los denominados Centros Universitarios Interculturales, como si fueran “extensiones” universitarias.¹⁸

La Corte repara en que, más allá de la temporalidad misma que se pueda o no exigir para que la Universidad “Amawtay Wasi” esté en la posibilidad de presentar propuestas para “extensiones”, temporalidad que incluso dada la fecha de su creación, que data del año 2004, se cumpliría en este año 2009, el tema de fondo es la interpretación alejada que se hace de la norma constitucional anterior y vigente respecto del pleno ejercicio de derechos que asiste a los pueblos indígenas, en este caso, de la Universidad “Amawtay Wasi”. En otras palabras, el derecho a la educación intercultural, el respeto de los conocimientos ancestrales, su manejo, estructura, desarrollo, no pueden quedar sometidos a un criterio extraño a su realidad y cosmovisión, pues se condiciona el ejercicio de sus derechos y se limita el mandato constitucional reconocido a las nacionalidades y pueblos indígenas.

El CONESUP y sus autoridades, el Estado ecuatoriano mismo, deben hacer un esfuerzo para que el eje rector de la diversidad cultural, producto de la pluriculturalidad del país, se incorpore al sistema educativo y así se permita que se cumpla con lo establecido en la

17 El Art. 20 de la Ley de Educación Superior dice: “Art. 20.- Para la creación o autorización de instituciones o programas académicos, se impulsarán los proyectos a ejecutarse en la región amazónica y en Galápagos, lo mismo que en las zonas fronterizas y donde radican pueblos que poseen culturas en peligro de extinción, y que propendan al rescate, sistematización, desarrollo y difusión de la sabiduría ancestral de las culturas vivas del Ecuador; asimismo, aquellos proyectos que, a través de la educación intercultural bilingüe, se orienten al fortalecimiento y desarrollo científico, tecnológico, económico y cultural de los pueblos indígenas. [sic] Para el impulso de la educación, la ciencia y la cultura, el Estado y sus instituciones garantizarán la creación de universidades o escuelas políticas, preferentemente estatales, bajo un régimen especial acorde con la realidad del sector en las provincias fronterizas y amazónicas, coadyuvando de esta manera a fomentar el desarrollo e integración de los pueblos. [sic] Asimismo, dará preferencia a la Creación de Universidades públicas en aquellas provincias donde no se hayan creado estas instituciones de Educación Superior.” (lo subrayado es nuestro).

18 Ver Informe favorable para la “Creación de Extensiones de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas”, Memorando N°. 005.CONESUP.DAJ.P.2009 de 8 de enero de 2009, obrante fs. 26 y 27 del expediente.

Constitución y en los convenios y pactos internacionales sobre los derechos humanos y derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Toda autoridad e institución, pública o privada, tiene el deber de enfatizar en todos los casos que se ponen a su conocimiento y tratamiento, una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, realizando un procedimiento diferenciado para configurar, mediante un referente de cultura, el camino idóneo para permitir desarrollar los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Debe contarse con instrumentos, criterios e interpretaciones auxiliares para adentrarse en el “otro” como sujeto de derechos, y conocer la profundidad de la cultura a donde pertenece el sujeto; más aún, cuando en el presente caso, lo que persigue la Universidad “Amawtay Wasi” es evidente, no bajo una concepción eminentemente expansiva, de dar apertura a extensiones universitarias de por sí y en lugares distintos a los de su sede, sino que es abrir programas, acorde a sus centros de saber, que constan señalados en su Ley de creación, y que permiten cumplir con la finalidad para la cual fue creada, todo ello acorde incluso a la distribución y asentamiento de las nacionalidades y pueblos indígenas en nuestro país, tomando en consideración que existen las siguientes nacionalidades y pueblos: Nacionalidad Kichwa - Sierra: Pueblos Karanki, Natabuela, Otavalo, Kayambi, Kitu Kara, Panzaleo, Salasaca, Chibuleo, Waranka, Puruhá, Kañari, Saraguro, Kichwa de la Amazonía; nacionalidades de la Costa: Awa, Chachi, Epera Tsachila; nacionalidades de la Amazonía: Secoya, Huao, Alcofán, Shuar, Zapara, Shiwiar, Siona, Huaroni, Achuar; es decir, una diversidad de pueblos y nacionalidades a quienes se les coartaría su derecho a la educación al obligarles a trasladarse hasta la ciudad de Quito.

Sobre una interpretación y análisis con perspectiva intercultural¹⁹

Esta Corte Constitucional considera propicio y adecuado el caso *sub iudice* y sobre todo el tema de fondo que implica (derechos colectivos) para señalar que: “*las bases para asumir sin temores ni prejuicios la generación de cambios estructurales y jurídicos está dado. Así, por ejemplo, en materia de administración de justicia, y con mayor razón de justicia constitucional, debe ser el punto de partida para revisar la aplicación del principio de admisibilidad con perspectiva intercultural, si alguna de las demandas fuere planteada en contra de individuos o de colectividades indígenas*”²⁰

De allí que para una adecuada y verdadera administración de justicia, más aún la constitucional, se deben observar “principios con perspectiva intercultural”; entre estos principios están:

19 PACARI, Nina. “Derecho Constitucional, diversidad y discriminación. Constitucionalismo y pluralismo” En “Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional”. Tribunal Constitucional del Ecuador. 2007. pp. 93-109.
20 PACARI, Nina. Ob. Cit. p. 95.

a) El de la *Continuidad Histórica*: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-político-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.

b) El de la *Diversidad Cultural*: a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino “las identidades entre los pueblos”, es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.

c) El de la *Interculturalidad*: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra; el diálogo intercultural, como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es otra cosa que: “el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa.”

El de la *Interpretación Intercultural*: el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas.

Al respecto cabe referirse a las “*reglas de interpretación*”, sobre las cuales ha contribuido enormemente la Corte Constitucional colombiana, que son: **a)** A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; **b)** Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma; **c)** Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas.

La nueva clave de interpretación intercultural debe considerar los parámetros que han desarrollado los pueblos indígenas sobre el ALLI CAUSAI, el buen vivir.

En el presente caso, de manera particular, el Consejo Nacional de Educación Superior no puede limitar que la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos indígenas “AMAWTAY WASI” cumpla con los objetivos de su creación y/o permita que implemente sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades y las extensiones, planes o programas que sean necesarios, acorde a la realidad, tradición, cultura y cosmovisión de las nacionalidades y pueblos indígenas; así como, de manera general, ninguna norma secundaria puede restringir, limitar o tornar ineficaz cualquier derecho de estas nacionalidades y pueblos reconocidos por la Constitución y normas supranacionales.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

Sentencia

Aceptar la acción por incumplimiento planteada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”.

Declarar el incumplimiento por parte del CONESUP del artículo 4 de la Ley Creación de la Universidad “AMAWTAY WASI” y del artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”.

Disponer que el CONESUP incorpore en y para todos sus actos jurídico-administrativos, que tengan relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios, principios con perspectiva intercultural, en aras de aplicar a cabalidad los derechos de estos pueblos, en el marco de lo expuesto y considerado en esta sentencia.

En concordancia con el Convenio 169 de la OIT (artículos. 2, 3, 4, 5 y 27), el CONESUP se sujetará para la autorización solicitada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”, a las disposiciones de dicho Convenio, en lo siguiente: a) la apertura de Programas Académicos en los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, según su cultura y cosmovisión; b) que en pleno ejercicio de la autonomía universitaria, desarrolle sus propias modalidades y ponga en práctica sus propios métodos de aprendizaje, y esto sirva como un aporte innovador de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas al Sistema Nacional de Educación Superior; y, c) que implemente sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades, planes o programas que sean necesarios acorde con sus Centros de Saber y de conformidad con su Ley de creación, en estricto respeto a los derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas reconocidos en la Constitución de la República.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Luis Jaramillo Gavilanes, Nina Pacari Vega, Ruth Seni Pinoargote, Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia del doctor: Hernando Morales Vinueza, en sesión del día miércoles nueve de diciembre de dos mil nueve. Lo certifico.

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

ALJ/mbm/ccp

Anexo 2

Quito, D. M., 30 de julio de 2014

SENTENCIA N° 113-14-SEP-CC

CASO N° 0731-10-EP

Registro Oficial Suplemento 323 de 1 de Septiembre del 2014

Corte Constitucional del Ecuador

I. Antecedentes

Resumen de admisibilidad

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

El 8 de junio de 2010 la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, certificó que respecto de la causa N.º 0731-10-EP no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El 7 de julio de 2010 la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los doctores Edgar Zárate Zárate, Hernando Morales Vinueza y Patricio Pazmiño Freire, ordenó que se aclare la petición, determinando la decisión de autoridad indígena contra la cual están en desacuerdo.

El 20 de julio de 2010, el legitimado activo, Víctor Manuel Olivo Pallo, presentó escrito de aclaración de su demanda, solicitado por la Sala de Admisión.

El 12 de agosto de 2010 a las 16:58, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, admitió a trámite la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo. El escrito de aclaración presentado por los señores Flavio Candelejo Quishpe,

Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga y Manuel Orlando Quishpe Ante, fue rechazado por haberse presentado fuera del término dispuesto por la Sala de Admisión.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en sesión del 19 de agosto de 2010, le correspondió al juez Manuel Viteri Olvera actuar como ponente en la causa N.º 0731-10-EP, quien avocó conocimiento mediante auto del 30 de septiembre de 2010 a las 09:00, y dispuso que las autoridades indígenas demandadas emitieran un informe para una mejor ilustración de los hechos ocurridos y la convocatoria a audiencia pública.

De conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 27 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012, ante la Asamblea Nacional, fueron posesionados los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 3 de enero de 2013, le correspondió al juez Fabian Marcelo Jaramillo Villa actuar como juez ponente de la causa. El 4 de febrero de 2014, el juez ponente avocó conocimiento de la misma.

En sesiones extraordinarias del Pleno del Organismo, realizadas el 29 de mayo, 11 de junio y 02 de julio del 2014, se debatió la causa. Durante el debate del 02 de julio del 2014, el juez constitucional Patricio Pazmiño Freire, en ejercicio de sus facultades, presentó sus observaciones por escrito al proyecto presentado por el entonces juez ponente, Marcelo Jaramillo Villa. Dichas observaciones fueron incorporadas al expediente constitucional. Posteriormente, luego del debate correspondiente, se sometió a votación el proyecto de sentencia del caso N° 0731-10-EP, del juez sustanciador Marcelo Jaramillo Villa, en el cual se obtuvo 1 voto a favor del juez constitucional Marcelo Jaramillo Villa y 8 votos salvados de los jueces constitucionales Antonio Gagliardo Loor, María del Carmen Maldonado, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire. En consecuencia, el Pleno no aprobó el proyecto de sentencia, por lo que el presidente de la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, dispuso el sorteo de la causa N° 0731-10-EP, recayendo su conocimiento en la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote.

De la solicitud y sus argumentos

El legitimado activo manifiesta que conforme el acta de resolución realizada por las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha, el domingo 9 de mayo de 2010 a las 19:00 más o menos, en el centro urbano de la parroquia Zumbahua, de población indígena kichwa hablante, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, se produjo el asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Pallo.

En base a los artículos 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Quantopolo conocieron el caso. El domingo 16 de mayo de 2010 y el domingo 23 de mayo de 2010 establecieron la culpabilidad de los cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Quantopolo e impusieron las sanciones conforme a la justicia indígena.

Que esta decisión ha generado diversas reacciones en los medios de comunicación y en la sociedad ecuatoriana, y la interferencia en la justicia indígena por parte del fiscal general del Estado, quien el 19 de mayo del 2010 pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha, con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de su hermano. El ministro de Gobierno y Policía, igualmente, ha intentado usar la fuerza pública para rescatar a los involucrados y el ministro de Justicia solicitó que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados el 4 de junio de 2010 y posteriormente liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, por el "amparo de libertad" interpuesto.

Señala que en casos anteriores los jueces y fiscales han actuado dentro del marco de respeto, coordinación, cooperación, y en apego a las normas constitucionales y legales han aceptado lo resuelto por la jurisdicción indígena.

Cita en su demanda el artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, referente a la aplicación de las sanciones propias de la cosmovisión indígena, la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., que representan la filosofía y la cosmovisión de la justicia indígena, lo que según "La Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales".

Manifiesta que los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplique el sistema jurídico indígena, y que ahora pretenden acogerse a la jurisdicción ordinaria, por lo que están siendo procesados y se encuentran en la cárcel número 4 de la ciudad de Quito, lo que evidencia "un proceso de doble juzgamiento".

Que en su calidad de hermano del occiso, de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, junto con las de la comunidad de Quantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, las mismas que en aplicación a lo dispuesto en los artículos 171 de la Constitución de la República, 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, solucionaron el caso, resolución con la que están de acuerdo los familiares del occiso.

Identificación de los derechos presuntamente vulnerados por la decisión judicial

Considera el legitimado activo que los derechos constitucionales vulnerados son los artículos 10, 11 numerales 3, 4 y 5; 57 numerales 1, 9 y 10; 76 numeral 7 literal i y 171 de

la Constitución de la República; artículos 343, 344 literales **a, b, c, d y e**; 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, y la disposición general de las reformas de marzo de 2010, al Código de Procedimiento Penal.

Pretensión concreta

En atención a lo solicitado, el legitimado activo solicita que se determine:

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

Si la resolución de las autoridades de la comunidad de La Cocha se apegó o no al mandato constitucional del artículo 171 y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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

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

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

Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferido por las autoridades de la justicia ordinaria. Que se disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí.

Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor 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.

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

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

Solicita que de acuerdo a lo que disponen los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con lo

que dispone al artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se ordene las siguientes medidas cautelares:

Se disponga la suspensión inmediata de todos los procesos judiciales iniciados en contra de los dirigentes indígenas de La Cocha por parte de la Fiscalía y juzgados de Garantías Penales de Cotopaxi.

Se ordene la inmediata libertad de los cinco jóvenes indígenas “que están siendo procesados dos veces”, conforme al artículo 76 numeral 7 literal **i** de la Constitución de la República.

Se disponga la suspensión en la adopción de cualquier resolución interpretativa sobre jurisdicción indígena por parte de la Corte Nacional de Justicia.

Decisiones de justicia indígena que se impugnan

Impugnan las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi.

De la contestación y sus argumentos

De la revisión de los expedientes del caso no se advierte escrito alguno presentado por la parte accionada, conforme lo establecido en providencia del 30 de septiembre de 2010.

Terceros interesados

Manuel Orlando Quishpe Ante y otros señalan que si bien el Estado ecuatoriano, en reconocimiento de la pluralidad existente en el Ecuador, ha reconocido a la justicia indígena, establece que sus procedimientos jurisdiccionales no deben ser contrarios a la Constitución ni podrán violar los derechos inherentes a las personas.

Que en su caso, se han cometido una serie de delitos conexos en su contra, “de un linchamiento realizado por el populacho que fue enardecido por unos pocos sujetos que fungen de dirigentes de la comunidad de La Cocha...”.

Manifiestan que se han violado los artículos 66 numeral 3 literales **a** y **c**, 76 numeral 7, literales **a, b, c y g**, 77, 83 numeral 2, y 426 de la Constitución, 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón a que el derecho a la legítima defensa ha sido reprimido en todo el proceso de ajusticiamiento indígena en su contra. Que nunca contaron con un abogado o un tercero imparcial que defienda sus derechos, ya que fueron sometidos a tortura permanente por varios días. No existió plazo razonable ni los medios adecuados para preparar la legítima defensa, no hubo un juez imparcial ni la presunción de inocencia. Que a Orlando Quishpe se le obligó a declararse culpable.

Por lo expuesto, solicitan que se deseche, de manera inmediata, la acción extraordinaria de protección presentada.

Amicus curiae

Los doctores Ernesto Pazmiño Granizo, defensor público general del Ecuador, Jorge Paladines Rodríguez y abogado Luis Ávila Linzán, funcionarios de la Defensoría Pública, presentan el siguiente *amicus curiae*:

Manifiestan que la pregunta central que se le plantea a la Corte Constitucional es si el ejercicio de la justicia indígena, de acuerdo a lo que establece el artículo 171 de la Constitución, vulnera “en sí mismo” los derechos constitucionales, los derechos a la vida, la integridad personal y el debido proceso, razón por la que se plantea dos interrogantes a la Corte: “a) ¿Es competente la Corte Constitucional para limitar la aplicación del artículo 171 de la Constitución vigente?; y, b) ¿Limita específicamente el artículo 171 de la Constitución vigente las materias de conocimiento de los sistemas de justicia indígena?”

Que el artículo 171 impone límites constitucionales al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, por lo que cualquier regulación, aun jurisprudencial, sería una limitación regresiva, y por tanto inconstitucional, sin que esto signifique que los sistemas de justicia indígena deban funcionar sin ningún control.

Señalan que el texto constitucional es un límite material al ejercicio del poder, pues impide que este se desborde mediante el sistema de garantías, y cierra la posibilidad de que las reformas civilizatorias y decididas por el legislador constituyente sean burladas, lo que significa que lo que el texto constitucional no ha diferenciado explícitamente, no puede hacerlo la Corte Constitucional en su papel de máximo intérprete, y que los derechos constitucionales obligan al Estado a materializarlos a través de las leyes, políticas públicas y sentencias.

Consideran que la Corte Constitucional no es *a priori*, competente formalmente para limitar lo ya establecido en el artículo 171 de la Constitución. Que este Organismo debe determinar, en cada caso y a partir de una interpretación intercultural, los límites adecuados al ejercicio de la justicia indígena.

Las formas de hacer justicia para las autoridades indígenas tienen particularidades propias, una de ellas, la más importante, es su naturaleza comunitaria. A más del ejercicio colectivo de la autoridad, tampoco existen en los sistemas de justicia indígena partes procesales, por tanto no existe jurisdicción ni funciones jurisdiccionales de ningún tipo. Es por ello que la frase “dentro de su ámbito territorial” del artículo 171 de la Constitución, es inaplicable a los sistemas de justicia indígena, ya que opera a través de lazos comunitarios.

El derecho propio de los colectivos indígenas no está en códigos ni cuerpos legales, a pesar de que en algunas comunidades existan normas escritas por decisión propia. Cada

colectivo indígena tiene su propio orden político y por tanto de derecho, que no está centralizado ni generalmente explícito.

Audiencia pública

Se realiza la audiencia pública el 14 de octubre de 2010, en la que los abogados defensores del legitimado activo se afirman y ratifican en la acción extraordinaria de protección, especialmente en el hecho de que la justicia indígena actuó respetando la Constitución al conocer y sancionar el hecho. Que la intromisión de la justicia occidental ha evitado la debida ejecución de la sanción impuesta.

Las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, legitimados pasivos, por intermedio de su abogado defensor, señalan, en lo principal, que su actuación ha sido apegada a la Constitución y que no se ha atentado contra los derechos de los implicados. Que la justicia indígena ha sido reconocida por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de Justicia.

Los terceros con interés, Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Romero Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umanjinga, a pesar de haber presentado el escrito del 16 de junio de 2010, (el que consta a fojas 61 a 63 del expediente) en el que manifiestan que la sanción impuesta en su contra ha violado sus derechos al debido proceso, a la defensa, a su libertad e integridad personal, en esta audiencia, por medio de su abogado defensor, afirman estar de acuerdo con la justicia indígena impuesta en su contra, por lo que ya han sido juzgados y sancionados y, por tanto, la justicia ordinaria no puede volver a conocer la causa, ya que contradice lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución.

Peritajes

Por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto al derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, el juez Patricio Pazmiño Freire requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron los peritajes correspondientes que fueron presentados a la Corte Constitucional de Ecuador para la resolución de la presente causa, y cuyo contenido se desarrolla en esta sentencia.

Diligencias incorporadas al proceso

Obra del expediente de fojas 179 a 186 el auto de llamamiento a juicio:

“El juez primero de garantías penales de Cotopaxi, Latacunga, el viernes 24 de septiembre del 2010 a las 18h08, resolvió: SEPTIMO.- Con los antecedentes expuestos al considerar que de los resultados de la instrucción fiscal aparecen graves y fundadas presunciones sobre la existencia de la infracción y que los

imputados: Iván Blamido Candelejo Quishpe; Flavio Hernán Candelejo Quishpe; Manuel Orlando Quishpe Ante, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga; y, Kléver Fernando Chaluisa Umajinga tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial, conocido como ASESINATO, que se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 450 del Código Penal, números 1, 4, 5, 6, 7; al amparo de lo contemplado en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal dicto AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra de los procesados: 1. IVÁN BLAMIDO CANDELEJO QUISHPE, con cédula No. 050338585-8, de 19 años de edad, nacido el 24 de junio de 1991 en la parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, instrucción secundaria, soltero, domiciliado en la comuna Quantopolo, parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. 2. FLABIO HERNAN CANDELEJO QUISHPE, con cédula No. 050329996-8, de 19 años de edad, soltero, ocupación estudiante, instrucción secundaria, domiciliado en la calle Fernando Daquilema y Quintana, cantón Quevedo, provincia de los Ríos; 3. MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, con cédula No. 050316566-4, de 23 años de edad, soltero, ocupación estudiante, domiciliado en la comuna Quantopolo, parroquia Zumbahua, reside desde hace cinco años en la ciudad de Quito; 4. WILSON RAMIRO CHALUISA UMAJINGA, con cédula No. 050390297-5, nacido el 10 de Abril de 1991 en Zumbahua, soltero, de 19 años de edad, instrucción secundaria, ocupación estudiante, domiciliado en la comuna Quantopolo, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi; y, 5. KLÉVER FERNANDO CHALUISA UMAJINGA, con cédula No. 050334319-6, de 21 años de edad, soltero, instrucción superior, ocupación estudiante domiciliado en comuna Quantopolo, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Se ratifica y se confirma la medida cautelar de prisión preventiva que se encuentra dictada en contra de los antes nombrados procesados; una vez ejecutoriado el presente auto resolutivo, dentro de los tres días posteriores; los sujetos procesales enuncien por escrito las pruebas con las que sustanciaran sus posiciones en el juicio. Hecho que sea remitase el proceso al Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, conforme el último inciso de la disposición del Art. 232 del Código de Procedimiento Penal; procédase a dar lectura del presente auto a las partes procesales conforme se encontraba ordenado.- Notifíquese y cúmplase. F) Dr. IVAN FABARA GALLARDO, JUEZ TEMPORAL". Sic.

II. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional evidencia que no existe inconformidad por parte del accionante respecto a la resolución de justicia indígena, ya que principalmente manifiestan su preocupación por los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria y una alegada falta de diligencia por parte de las autoridades indígenas para hacer eficaz su decisión y

competencia. Es decir, nos encontramos frente a una acción extraordinaria de protección relacionada directamente con la ejecución de las decisiones dictadas por la comunidad indígena en el presente caso. Siendo así, la decisión que dictará esta Corte, en ejercicio de esta acción extraordinaria de protección, deberá tomar en consideración criterios y parámetros propios del pluralismo jurídico, autonomía, interculturalidad.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce la capacidad jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. En esta misma línea, es imperativo recordar el marco normativo del derecho internacional, específicamente el artículo 8 numeral 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, que al referirse a la obligación que tienen los Estados de garantizar la conservación de costumbres e instituciones, entre ellas el derecho propio de los pueblos y comunidades determina que dicha garantía va de la mano de un juicio de compatibilidad entre los derechos reconocidos o positivizados en la Constitución y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por estas particularidades, y considerando que se trata de la primera decisión en materia de acción extraordinaria que se relacionaría con decisiones jurisdiccionales de justicia indígena, por no existir precedentes en la materia dentro del constitucionalismo ecuatoriano, esta Corte, conforme lo previsto en los artículos 11 numeral 8, 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, y 62 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, asumirá también la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección y establecerá un precedente en la materia.

El artículo 171 segundo inciso de la Constitución de la República determina:

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

Conforme la norma constitucional citada, es obligación de la Corte Constitucional velar por el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena y que en estas se asegure la vigencia de los derechos constitucionales; en este marco se fundamenta el control de constitucionalidad de competencia de esta Corte.

En consecuencia, una vez delimitado el campo de análisis que deberá ejercer la Corte en esta acción extraordinaria de protección, afina su jurisdicción y ratifica su competencia para tramitar y resolver esta acción extraordinaria de protección, con el fin de resguardar los derechos de las partes involucradas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República.

Determinación de los problemas jurídicos

La Corte resuelve agrupar las pretensiones del accionante, de conformidad con las técnicas de economía procesal, precisión y celeridad; para ello, analizará el caso a través de la resolución de cuestiones esenciales que responden a la totalidad de las alegaciones de los recurrentes; indagará acerca de la habilitación constitucional y convencional de la autoridad indígena para conocer y resolver el caso; examinará la constitucionalidad y convencionalidad del proceso y las decisiones adoptadas, dilucidando los elementos que configuran la naturaleza obligatoria de la justicia indígena para los miembros de la comunidad, para concluir examinando la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y autoridades públicas, en el presente caso.

Sobre esta base resolverá los siguientes problemas jurídicos:

¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

Resolución de los problemas jurídicos

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

Previo a responder a estos interrogantes, la Corte estima indispensable realizar algunas puntualizaciones sobre los efectos del reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural, plurinacional y unitario, y el nexo o grado de interdependencia entre estos conceptos que, lejos de considerarse como antagónicos, son plenamente compatibles. Estas características delinean al Ecuador como una nación que reconoce, respeta y garantiza la riqueza de diversidad cultural que convive dentro de su territorio. Como corolario de lo señalado, el preámbulo de la Constitución de la República consagra el

reconocimiento de nuestras raíces milenarias y apela a la sabiduría de las culturas que nos enriquecen como sociedad.

Dentro de este escenario, conviene determinar cuál es el significado y alcance de cada una de estas características. Así, la plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica.

Por otro lado, la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica. De esta forma, para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad; así, estos conceptos guardan entre sí una relación de complementariedad en el sentido que uno completa o perfecciona al otro; mientras que, por otro lado, el principio de unidad del Estado o Estado unitario refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única, sin que aquello implique restricciones a los derechos colectivos de cada grupo étnico y al sentimiento de pertenencia de las personas a una comunidad étnico-cultural determinada. En tal virtud, las características de plurinacionalidad e interculturalidad no constituyen una antinomia al estado unitario ni a la democracia.

Finalmente, vale anotar que las características de plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario, sino el concepto de Estado homogéneo; esto es, comportan el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la aceptación de minorías históricamente discriminadas.

Una vez clarificados los efectos del artículo 1 de la Constitución al reconocer al Ecuador como un Estado plurinacional, intercultural y unitario, esta Corte considera preciso proferir una mirada de reflexión integral y articulada que armonice y compatibilice los dispositivos normativos del sistema jurídico constitucional local con el orden jurídico convencional e internacional de los derechos humanos. En esa línea de pensamiento, es menester remitirnos al artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en la parte relativa a los derechos que asisten a los pueblos para la conservación de sus formas de organización y ejercicio de su autoridad. El numeral 2 del indicado artículo establece que: "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". Por su parte, el numeral 1 del artículo 9 del mencionado Convenio establece que: "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los

derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 57 numeral 9, reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre otros derechos: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”; y en el siguiente numeral, el 10, se señala como derecho: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

Del análisis de los textos referidos se colige que a partir del marco normativo constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos ha de presumirse la existencia de una estructura propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como de una autoridad que representa dicha estructura, crea derecho de orden interno y sanciona y resuelve los conflictos internos. En otras palabras, se debe verificar, conforme la normativa referenciada, la existencia de una autoridad habilitada para sancionar de conformidad con sus tradiciones ancestrales, su derecho propio y dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, tal como lo establece el artículo 171 de la Constitución.

Cuando hablamos de habilitación de la autoridad indígena para resolver conflictos internos, hablamos de aquello que Kelsen, en *La Teoría Pura del Derecho*, plantea respecto de que una autoridad es simplemente un órgano jurídico, esto es, un órgano habilitado para emitir tal o cual especie de norma jurídica o adoptar tal o cual decisión jurídica; un órgano habilitado para crear derecho, habilitado en el sentido etimológico de la palabra, esto es, “hacer a alguien o algo, hábil, apto o capaz para una cosa determinada¹”. Esto porque para el jurista austriaco, la norma solo se dirige de manera indirecta al sujeto de derecho, no en virtud de la imposición de una obligación, sino únicamente en virtud de la representación del sujeto de derecho como susceptible, bajo ciertas condiciones, a la imposición de una sanción, lo que quiere decir que un sujeto, bajo determinadas condiciones, está habilitado para imponer una sanción.

Bajo esta perspectiva cabe preguntarse ¿quién es autoridad entre los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador? La respuesta a este interrogante sería relativamente sencilla si se tratase de una autoridad común del Estado, sin embargo, esto no es así

¹ PAULSON, Stanley L., “La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen” en Revista Derecho de Estado N.º 29 julio/diciembre del 2012, pp. 5/49. Pág. 8. Versión electrónica, consultado el 02.01.2013 <http://www.revistas constitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art6.pdf>

debido a las particularidades que tiene la organización interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, lo que obliga a esta Corte, para el análisis del presente caso, a ubicarse en el campo del pluralismo jurídico constitucionalmente determinado.

Desde una perspectiva histórica y a manera de referencia, de acuerdo con la certificación conferida por la Directora Ejecutiva del Archivo Nacional, que consta a foja 288 del expediente, el entonces Rey de España comunicó al presidente y oidores de la Real Audiencia de Quito que:

“Presidente y Oidores de la nuestra Audiencia Real que reside en la ciudad de San Francisco de la provincia del Quito nos somos informados que los indios naturales de esa provincia del Quito no son gobernados por las leyes y provisiones nuestras sobre ellos dadas sino por las de estos Reinos siendo diversa la república y el gobierno de donde se sigue los enseñan a pleitear en los negocios y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad y justicia y se les pervierte su gobierno quitándoles de la sujeción de sus caciques y señores naturales y porque como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustas de no hacerse así demás de seguirse tanto daño de los indios no somos des servido y nuestra voluntad es para que mejor se acierte se os declare y abierta más en particular la orden que en ello haréis detener y para hacedlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en el tiempo de su gentilidad en todo el término de vuestro gobierno os mandamos que luego que recibáis esta nuestra cédula ayaís información de ello muy en particular lo cual enviareis al nuestro Consejo de las Indias para que en él vista se provea lo que convenga fecha en Badajoz a 23 de septiembre de mil quinientos y ochenta años Yo el Rey

Esta disposición monárquica es un hito histórico que establece el reconocimiento de un nivel de autoridad indígena al disponer que se respeten las facultades y competencias de los pueblos indígenas, en los albores de la conquista. Esto nos dice que su existencia, rol y facultades precede a la estructura del propio estado republicano, sin que por ello se pueda afirmar que no han ocurrido cambios y transformaciones en las estructuras de la autoridad y justicia de los pueblos indígenas de estas tierras.

Un dato contemporáneo que permite a esta Corte identificar quién es autoridad entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, lo encontramos en el artículo 8 de la Codificación de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificada al 2004, del que se deriva que la autoridad indígena es aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar el órgano oficial representativo, que es el Cabildo. Desde un enfoque o análisis formalista del Derecho Positivo, es decir, desde una lectura literal del texto sin articulaciones con el conjunto de la ley, peor de la Constitución, sería suficiente identificar la ley que contiene la norma habilitante para dilucidar quién es la autoridad indígena. No

obstante, esta Corte advierte, por los estudios especializados practicados dentro de la presente causa, que el concepto de autoridad indígena dentro del proceso de la justicia indígena es más amplio que el determinado en el referido artículo 8 de la ley. Así se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal; que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad con mayor nivel de autoridad, respeto o edad, y que luego todas las partes que intervienen en el proceso se someten a los principios, procedimientos y resoluciones que se adopten en la Asamblea Comunal.

Queda claro para esta Corte que las tradicionales formas de representación comunitaria: el presidente del Cabildo, dirigentes comunitarios, exdirigentes del Cabildo y los ancianos o mayores, en el proceso de administración de la justicia indígena actúan solo como facilitadores del proceso y no tienen niveles de decisión individual en razón de su cargo o estatus comunitario. La decisión del caso, conforme se documenta en los estudios, y consta en el expediente debidamente demostrado, fue el resultado de la deliberación colectiva, luego de largos debates en los que participaron sin ninguna restricción los miembros de la comunidad, por lo que las decisiones no pueden ser atribuidas a persona o autoridad en particular, o a la convicción de una autoridad específica, de un juez o de una persona en concreto.

Esta naturaleza colectiva del ente juzgador en el proceso de justicia indígena, en primer lugar, nos permite responder afirmativamente la primera parte del interrogante jurídico, esto es, quién es la autoridad que administra la justicia indígena. En segundo lugar, nos facilita comprobar la materialización de la coexistencia de distintas esferas de lo jurídico, como es en este caso el sistema ordinario y el indígena. En tercer lugar, permite realizar el control constitucional respecto de la responsabilidad y obligación que tiene esta sui géneris forma de autoridad de asegurar que sus actuaciones se sujeten a sus normas, procedimientos y derecho propio, a la Constitución y a los convenios internacionales de derechos humanos, que es lo que esta Corte procede a realizar de manera inmediata.

La descripción pormenorizada que hacen los estudios especializados incorporados al proceso sobre el procedimiento que reiterada y tradicionalmente aplica el pueblo Kichwa Panzaleo para resolver casos de conflictos internos brindan una explicación razonable para identificar la estructura de autoridad, las normas y procedimientos de la justicia propia de un pueblo indígena de la sierra ecuatoriana. Estos estudios nos describen, de manera minuciosa, que existen actuaciones específicas que deben cumplirse como parte del proceso de juzgamiento de una infracción. La justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria, teniendo en la noción del prestigio el principio ordenador de las conductas y de la convivencia comunitaria.

Respecto al procedimiento que siguen para la resolución de conflictos dentro de esta comunidad, de modo general, existen varios momentos que se cumplen, a saber:

El primero consiste en la demanda o denuncia (*Willachina o willana*) que se realiza, ya sea ante el presidente, el Cabildo o directamente ante la Asamblea General (dependiendo de la gravedad del asunto). Esta solicitud consiste en el requerimiento de intervención en la solución del conflicto y constituye la única vía para la realización de un proceso, pues la justicia indígena no se activa de oficio. Con la denuncia se configura un presupuesto básico insustituible en la justicia indígena: la obligación de someterse y aceptar lo que se resuelva, así como respetar y cumplir las medidas que adopte la comunidad. Solo cuando se ha cumplido esta primera fase se puede iniciar el proceso de juzgamiento.

El proceso se inicia con la convocatoria a una Asamblea General en donde se da a conocer públicamente los hechos y detalles del caso. La Asamblea abre un periodo de averiguación o constatación de los hechos (*Tapuykuna o tapuna*), en el cual se designan comisiones o comisionados que serán los encargados de llevar adelante la investigación y el esclarecimiento de los hechos².

Cuando se tienen indicios, pruebas y testimonios que configuran los elementos materiales que confirman la denuncia, se reúne nuevamente la Asamblea General para tomar conocimiento de los resultados obtenidos y abrir un periodo de deliberación. En esta etapa pueden participar los implicados, las víctimas, sus familiares y personas de relevancia en la comunidad, así como también se pueden presentar testimonios y pruebas que se consideren pertinentes o solicitar una confrontación (careo) para contrastar las versiones de las partes (*Chimbapurana o nawichina*). Además, para garantizar que la deliberación se base en datos ciertos, que sea pública, comunitaria y abierta, todos los argumentos, pruebas y testimonios pueden ser impugnados durante la Asamblea.

Una vez que hay suficiente claridad o certeza respecto de los hechos se procede en forma comunitaria a establecer la culpabilidad o inocencia, y de ser el caso, a adoptar las medidas de solución o conciliación entre las partes, así como también aquellas medidas destinadas a la sanación del infractor (*Kishpichirina*). Así, es la Asamblea General (como máxima autoridad) la que toma una resolución, califica el acto denunciado, señala los autores o cómplices, determina las medidas reparatorias y las ejecuta. En esta fase las mujeres tienen un papel muy activo, pues son ellas quienes ejecutan la resolución, incluyendo de ser el caso, el castigo determinado por la Asamblea (*Paktachina*). Posteriormente, vendrá el aconsejador (*kunak*), quien por sí solo o con la familia del infractor lo aconseja y reprende, haciéndole comprender el valor y el sentido de lo actuado, así como de lo que debe resguardar, que ante todo es el buen vivir de la comunidad (*ayllukuna alli kausay*).

Para las comunidades Kichwa Panzaleo, cuando se comete una infracción que afecte sus relaciones sociales, personales, familiares, económicas y de convivencia comunitaria,

² Según Pedro Torres, en caso de delitos graves o flagrantes, se puede apresar a los denunciados o los sospechosos y se procede a recoger todo posible indicio y se lleva a cabo una investigación que es algo distinta a la averiguación tradicional. Implica mayor trabajo investigativo y no se permite la intervención de nadie, y los comisionados tienen plena libertad para llevar a cabo toda actuación necesaria, incluso aplicación de la fuerza.

es necesario conseguir la restitución del orden para devolver el equilibrio a la comunidad. Para ello, consideran necesario efectuar la purificación del infractor y su reconexión con la naturaleza (Pachamama) aplicando sanciones, reprimendas o consejos con un alto contenido simbólico.

Para el pueblo Kichwa Panzaleo, las sanciones, y dentro de estas los castigos corporales, tienen como finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados³. En su razonamiento, la sanción es la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Al ser aplicada públicamente cumple una labor disuasiva y preventiva que busca influir en los demás miembros de la comunidad, disciplinándolos para evitar el cometimiento de este tipo de faltas en un futuro, así como también para evitar la reincidencia por parte del infractor.

Al respecto, Pedro Torres, en su informe, sostiene lo siguiente:

«...frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos (...) así, la comunidad es el pilar esencial de toda estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social sino a una estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que relaciona con toda forma de existencia en una común unidad de interrelación e interdependencia reciproca.

Por eso, lo que aparentemente aparece como una “pena” o un “castigo” es simplemente una sanción o reprimenda, amonestación, advertencia o llamado de atención para que se mantenga el AYLLUKUNA ALLI KAUSAY y se pueda llegar al sumak kausay o el buen vivir que está garantizado en la Constitución Política⁴».

De modo que la sanción, reprimenda o consejo aplicado dentro de la comunidad indígena de La Cocha, en el presente caso, constituye una práctica que toda la comunidad conoce y reconoce como mecanismo de amonestación, advertencia o llamado al orden.

Para la Corte Constitucional es de particular importancia destacar que los dos informes especializados evidencian que la asamblea general de la comunidad, que ejerce la administración de justicia, solamente en los casos relacionados con la afectación a la vida, esto es, la muerte de uno de sus miembros que afecta la integridad y cohesión comunitaria, impone sanciones más drásticas⁵. Es únicamente ante la muerte que se aplica, a la vez, el castigo del baño con agua fría, la ortiga, el fuete, el cargar tierra o piedras en la plaza pública y los trabajos comunales.

3 Sánchez, Esther. Peritaje antropológico presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 30 y 31.

4 Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 24.

5 Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

En las comunidades kichwa de Panzaleo, todo problema o conflicto concluye con el perdón de la comunidad a los afectados. Una vez obtenido el perdón se procede al agradecimiento o reconciliación, en el que quienes han sido juzgados proceden a agradecer o a rehacer sus vínculos y lazos con la familia y la comunidad. Esto verificamos en el Acta donde los representantes de las 24 comunidades dejaron constancia de lo siguiente: “...después de casi quince días de averiguaciones, de confrontaciones, dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado [sic] y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha restablecido”.

Durante todo este proceso siempre hay personas encargadas de garantizar que se siga el procedimiento adecuadamente para que surta los efectos requeridos. Al igual que sucede en rituales religiosos, por ejemplo, hay personas que garantizan el cumplimiento de los usos, costumbres y tradiciones a observarse en cada momento.

En consecuencia, en el presente caso, queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento pre establecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad; por tanto, esta Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en el pueblos kichwa Panzaleo.

Continuando con el análisis constitucional, esta Corte tiene que dilucidar cuál es el contenido y alcance de las resoluciones adoptadas el 16 y 23 de mayo del 2010, con el propósito de establecer el bien jurídico que protege la justicia indígena y su relación, similitud o diferencia con el bien jurídico que protegen las decisiones de la justicia penal ordinaria.

Encontramos que las autoridades y demás comisionados que participaron en el proceso, lo que conocen y deciden en relación a la muerte de Marco Antonio Olivo, no es, en estricto sentido, el grado de participación de Silvio Candelejo Quishpe, y los cuatro involucrados en el hecho de la muerte; lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo comunitario. Esto se evidencia al evaluar el sentido y alcance de las sanciones adoptadas en la asamblea, a saber: la indemnización de cinco mil dólares que son donados a la organización UNOCIC para que sean invertidos en obras comunitarias; la prohibición del ingreso de grupos de “pandilleros” a las fiestas de la comunidad; la expulsión de la comunidad por dos años a los jóvenes con la obligación de los familiares de rehabilitarlos; las sanciones físicas y la sanción agravada al autor material del hecho.

Ahora bien, si lo que resuelve la Asamblea Comunal es la reparación o “sanación” a la afectación que la actuación de los involucrados provoca a la comunidad, cabe preguntarse: ¿Qué ocurre con la reparación por el hecho de la muerte y la consecuente responsabilidad subjetiva de quien o quienes provocaron la muerte? La dimensión subjetiva de los derechos y de las responsabilidades, entendidas conforme al derecho ordinario, ¿es un bien jurídico que se encuentra protegido en las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, bajo sus particulares circunstancias?

Para encontrar respuesta a estos interrogantes, esta Corte hace suyo el análisis semántico y lingüístico de lo que vendría a ser el “bien protegido” dentro de este pueblo, contenido en el informe del presbítero Pedro Torres, que en lo principal manifiesta:

«EL BIEN PROTEGIDO:

Como objeto o interés principal para la runa justicia o justicia indígena, está lo que anteriormente señalaba como características o principios generales del AYLLUKUNA ALLI KUSAY o el “BIEN VIVIR” en comunidad (entre familias - ayllukuna pura), que conlleva los otros principios o enunciados anteriormente: APANAKUNA, el ser llevados a la convivencia amistosa y armónica (pacífica) con el entorno: Llakta (Pueblo= - Ayllu (familia) – Pachamama (Madre Naturaleza – Pacha (Divinidad) y el respetarse o KASUNAKUY (el comportarse bien con todos) y respetar a los demás.

Así, lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllkuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar “integrado” a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea...AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA, por eso suelen decir: “tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie” y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera.

Por supuesto que aunque son los bienes “particulares” o personales los que muchas veces están en juego: robos, linderos, herencias, hijas, hijos, etc.., lo que se busca es proteger o amparar es en cuanto son “bienes comunales” no de común propiedad pero sí de la comunidad o de alguien de la comunidad. **Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es participe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean.** Cuando alguien mata o asesina a alguien, se busca antes que nada, la solución del “problema” social o de la “problemática familiar” bien del fallecido así como del hechor, son dos familias que quedan “huérfanas”, desmembradas, “el uno en el cementerio y el otro en la cárcel” y aunque en la mayoría de las veces he visto que

entregan la causa a la justicia ordinaria tratan de encontrar primero una solución a lo “social”, a lo “familiar” y luego sí entregan a la justicia ordinaria o en algunos casos como dicen ellos: “dejamos a Diosito él ha de ver”.

Gonzales Holguín presenta kausay, como “Caucani. Vivir, o sustentarse. Caucay, el sustento necesario a la vida. Allipi o allinpi caucani, vivir a gusto” (pág. 51), que podríamos decir se aplica para el mundo kechwa del Perú; y ya en el kichwa ecuatoriano, Grimm la traduce como “causan, vivir, existir, habitar... causai, vida, edad, conducta, alimento, sustento; allí causaita causana, perseverar en el bien” pág. 8 **allicausai, virtud...**” (pág. 2) y no se encuentra ninguna otra expresión para persona o ser individual o ente a más de runa o runacuna.

Si el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en comunidad (ayllukunapura) una de las principales sanciones o “penas” que se pueden tomar en contra de un comunero en forma particular o individual será la “**expulsión temporal o definitiva de la comunidad**” como consta en la mayoría de los Reglamentos internos de las comunidades y comunas, aprobado por el Ministerio o entidad respectiva del Estado, o la privación de sus “derechos como comunero” o la “suspensión temporal” de la vida comunitaria o el impedimento **a participar de la vida de la comunidad** o en actos o actividades de la comunidad y otras sanciones o penas en este mismo sentido como son “el goce o disfrute de los bienes comunales” o la participación en Asambleas o Actividades comunitarias etc., etc., a más de lo que significa la **amonestación** o el llamado de **atención** en público, verbalmente o por escrito.

He conocido muy pocos casos de “expulsión” de comuneros o de “suspensión” de sus derechos y los que he conocido lo han realizado siguiendo todos los cánones que establece el Ministerio de Agricultura de acuerdo a la Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las comunidades campesinas, que han llegado a las más altas instancias tanto del Ministerio de Agricultura y Ganadería como ante el Tribunal Contencioso Administrativo y hasta el mismo Tribunal de Garantías Constitucionales y en los que no solo se ha alegado la sanción, justa o injusta, según el caso sino y sobre todo la facultad que tienen la comuna o cabildo para seguir su expulsión o sanción».

Por su parte, el informe de la experta Esther Sánchez también sustenta la dimensión colectiva no solo del proceso de resolución de conflictos internos, sino también del bien jurídico que se protege y de la sanción que se resuelve.

Para la presente causa, es de trascendental importancia la constatación que se hace de que “no se encuentra ninguna otra persona o ser individual o ente a más de runa o runacuna”. Esto se pone en evidencia tanto en los conceptos Kausay, allipi, causana, causai, allí causaita causana, allicausai, que son centrales y tienen carácter de principios organizadores de la sociedad indígena del pueblo Kichwa Panzaleo. En palabras del

experto Pedro Torres: “el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en la comunidad (ayllukunapura)”.

Lo trascendente de lo comunitario para este pueblo es claramente verificable en la descripción de los elementos que componen el proceso jurisdiccional al interior de las comunidades indígenas Kichwas Panzaleo. Existe una clasificación de la naturaleza de las acciones que tiene que ver con lo que consideran valioso desde el punto de vista comunitario: la familia, lo colectivo, vivir en comunidad; el carácter público y comunitario del proceso en todas sus fases que hace que diversos miembros de la comunidad participen en su desarrollo, en sus distintas fases: averiguación, deliberación, aconsejamiento, sanción, ejecución de la sanción, rito de reconciliación o agradecimiento, así como la decisión final adoptada por la Asamblea Comunal y no por un juez o autoridad o persona en particular.

La noción de responsabilidad que en la justicia ordinaria es individual y subjetiva, en la justicia indígena adquiere una dimensión colectiva. En tal sentido, la responsabilidad de un acto no es adjudicable, únicamente, a quien realiza directamente la acción, sino que se extiende a quienes le acompañan, ayudan, alientan, y se amplía incluso a la familia del autor o autores, por fallar en su tarea de socialización o cultivo de las virtudes comunitarias, sin que esto sea equivalente a las nociones de “delincuente”, “cómplice” o “encubridor” que tipifica la normativa penal y que están ausentes en la justicia indígena, conforme se constata de los datos incorporados en los informes técnicos especializados.

Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.

A pesar de destacar estos importantísimos hallazgos en el proceso, y dada la trascendencia de este fallo, la Corte Constitucional se ve en la obligación de desarrollar algunos razonamientos adicionales, a partir de la formulación de las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la obligación del Estado frente a bienes jurídicos de especial relevancia para la Constitución ecuatoriana, para el Derecho Internacional y, particularmente, para el Derecho Penal Internacional?, y, consecuentemente, en tanto no existen derechos ilimitados, ¿bajo qué horizontes normativos debe examinarse la vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia, cuando son cometidos por ciudadanos indígenas, dentro o fuera de sus comunidades?

Para responder a las preguntas formuladas es necesario hacer referencia a la Constitución en el numeral 10 del artículo 57, que establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrán vulnerar derechos constitucionales, en particular de mujeres, niños, niñas y adolescentes”.

Por su parte, el artículo 171 de la Constitución de la República habilita a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades a ejercer “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres...”.

Las disposiciones constitucionales referidas nos hablan de algunos aspectos importantes: acerca del derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; la facultad que tienen las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades de ejercer sus funciones jurisdiccionales, bajo las reglas constitucionales y del sometimiento de dichas actuaciones a los límites que establecen los derechos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, específicamente los derechos de mujeres, niños, niñas y adolescentes.

No obstante, argumentar de manera abstracta, sin aplicación material a caso concreto, que las facultades para el ejercicio del derecho a crear, desarrollar, aplicar, practicar, inclusive transformar el derecho propio de los pueblos indígenas, están definidas por constar en la Constitución y estar reconocidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, es claramente insuficiente e implicaría vaciar el ejercicio del derecho, por el simple hecho de que, por su estructura y composición, tanto sus tradiciones ancestrales, como sus normas y procedimientos propios no son equivalentes o equiparables ni por vía del silogismo ni por vía analógica, al derecho ordinario, ni adjetivo ni procesal; por lo que todo examen de constitucionalidad, desde esa perspectiva, arrojaría un resultado erróneo, tanto para la justicia indígena como para la justicia ordinaria.

Es justamente por esta particularidad que es menester reconocer que se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del Constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como Justicia Ordinaria y Justicia Indígena.

2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial a las decisiones de la justicia indígena?

Avanzando en el análisis nos remitimos al artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, que reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida. Constitucionalmente la vida se encuentra protegida en un ámbito positivo como derecho inherente de toda persona y a su vez como una obligación de la sociedad y en particular del Estado, que es el encargado de garantizarla y protegerla frente a cualquier posible amenaza. Del mismo modo, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Por lo que, tal y como ha entendido la doctrina y la jurisprudencia internacional, la protección jurídica de la vida implica dos dimensiones: la primera, una dimensión negativa mediante la cual el Estado tiene la prohibición de atentar contra la vida de las personas; y la segunda, una dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a establecer un sistema de protección que sancione cualquier agresión a la vida con independencia de su origen público o privado y sin distinción respecto de los involucrados. Esto último quiere decir que el Estado deberá sancionar toda agresión a la vida sin importar la raza, sexo, religión o pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena del agresor y/o del agredido⁶.

Uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado, dentro del orden constitucional contemporáneo, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida y a la dignidad humana de las personas. En tal sentido, a diferencia del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en donde la vida de la persona es protegida en tanto aporta a la materialización del bien jurídico protegido que es la comunidad, en el derecho común, *ius commune*, el derecho a la vida es protegido en sí mismo, esto es, por el solo hecho de su existencia.

Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida. En otras palabras, es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano. Es responsabilidad del Estado garantizar, en todo momento, que cualquier atentado contra la vida sea conocido, juzgado y sancionado, no solo en tanto derecho objetivo, esto es, que establece una obligación

⁶ Al respecto, ver Rey Martínez, Fernando. "La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansión". Revista de Estudios Constitucionales, Año 7, N.º 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. 2009, pp. 331-360.

jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca, sino también en tanto derecho subjetivo, esto es, inherente de cada persona. En definitiva, le corresponde al Estado y a sus instituciones, de manera prioritaria, evitar que los delitos que atenten contra la vida queden en la impunidad, garantizando que la respectiva sanción recaiga en la responsabilidad de quien causa la muerte.

Adicionalmente, el derecho a la vida forma parte de los *ius cogens*⁷, de modo que la inviolabilidad de la vida es una norma imperativa e inderogable del derecho internacional general, consagrada como un valor y un bien trascendental para la comunidad nacional e internacional. Frente a esta categorización de la vida como parte de los *ius cogens* se debe entender que se vuelve necesaria la activación de todos los medios y mecanismos nacionales e internacionales para su efectiva protección, incluyendo la obligación de todos los Estados de perseguir de modo efectivo toda conducta que atente contra este derecho y conseguir la sanción a sus autores, siempre con el fin de evitar la impunidad y prevenir y erradicar conductas contrarias al derecho a la vida. Por consiguiente, la vida, revestida de un alto valor para el Orden de los Estados, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección frente a toda situación, y en todo el territorio nacional.

La Corte Constitucional advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en los *ius cogens*, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.

Como consecuencia de esto, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tienen también la responsabilidad de precautelar el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra ella sea juzgado de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales y la ley.

⁷ La positivización del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su artículo 53 establece que "Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter." Al respecto ver: Florabel Quispe Remón. "Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso". Universidad del Norte. Revista de Derecho N.º 34, Barranquilla, 2010.

De esta manera, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, respetando el ordenamiento jurídico del Estado constitucional de derechos y justicia, están en la obligación de precautelar la vida de las personas en su dimensión subjetiva y objetiva, garantizando la no impunidad de los delitos en los casos de muerte, para lo cual frente a actos que afectan la inviolabilidad de la vida, les corresponde a sus miembros, y en particular a sus autoridades, colaborar con el Estado y sus instituciones en el proceso judicial de determinación de responsabilidades y de sanción del delito, en el marco de los procesos objetivos de coordinación ordenados por la Constitución.

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida.

Como en efecto sucedió en el caso sub júdice, pues obra del expediente de fojas 179 a 186 el auto de llamamiento a juicio de los implicados en la muerte de Marco Olivo Pallo, en virtud de las competencias constitucionales y legales para juzgar y en caso de existir responsabilidad penal sancionar las agresiones ilegítimas contra el bien vida.

Esta medida en nada afecta la existencia de un derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, derecho que tiene una amplia aplicación para el conocimiento y solución de los conflictos internos producidos entre sus miembros dentro de su ámbito territorial. El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, sin embargo, los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que los derechos que amparan a todas las personas, no son absolutos, lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador.

De igual forma, en nada afecta al orden jurídico legal penal y a los principios y reglas constitucionales, reconocer el derecho que tiene todo ciudadano indígena que se vea sometido a la justicia penal ordinaria, bajo los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho interno, de ser considerado y que se respete su condición económica, social y cultural.

En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.

Para abundar en lo señalado y por ser de capital importancia, reforzando el razonamiento precedente, es menester remitirse al informe pericial de Esther Sánchez, foja 322 del proceso, donde se identifica que el llamado "Caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi" expresa el desencuentro entre personas y sociedades cuyos marcos culturales son diferentes, y es justamente en estas circunstancias que el juzgador, previo a su decisión, para orientar la aplicación de penas, sanciones o medidas alternativas, deberá considerar lo siguiente: a) una valoración crítica de la cultura involucrada; b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayoritaria, c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad y, e) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, commoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.

Para concluir con el análisis constitucional, por constituir un factor de incidencia en la imagen que la sociedad alimenta respecto a la cultura y prácticas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esta Corte procede a verificar si la actuación de los medios de comunicación que difundieron el caso enmarcaron su trabajo en la normativa vigente, y de ser constitucionalmente imperioso, dictará reglas de cumplimiento para la favorabilidad de la protección y garantía de derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Consideraciones adicionales de la Corte Constitucional

El accionante en su demanda señala:

«El ejercicio de las facultades jurisdiccionales y la competencia por parte de las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha ha generado un arduo debate en los distintos medios televisivos, radios y medios escritos; así como ha generado reacciones de la sociedad nacional, propuestas y ataques de diversas autoridades, políticos y más personeros del país, quienes han manifestado "es hora de reflexionar y poner a discusión qué mismo significa la justicia indígena, en un país tan pequeño como el nuestro, dividido por las apetencias políticas e inclusive por el esquema regional, no es factible que este tipo de justicia paralela nos divida más a los ecuatorianos, porque la justicia indígena, a más de ser aberrante, acomodada y discriminatoria, es confusa para la misma sociedad.

Lo sucedido en La Cocha, comuna de la Parroquia Zumbahua, es un retroceso a la civilización, un acto letal y absurdo contra el ser humano, al presentar desnudos, amarrados, colgados, ortigados, bañados y cargando como acémilas bultos llenos de tierra y piedra; la ignominia, el desprecio y la crueldad se están practicando, haciendo caso omiso la presencia de autoridades, cuando ellas han alcahueteado la supuesta justicia indígena, les dieron piola, hasta llegar a escuchar que existe en las comunidades “la pena de muerte” o mejor dicho, la “inyección letal de la ortiga”.

Esta Corte encuentra que debido a la forma, tiempo, contenido de las imágenes y comentarios con los que se expuso mediáticamente este caso, esto es, difundiéndolo como noticia solo el momento de la ejecución de las sanciones comunitarias y no todos los aspectos que involucran el proceso de administración de justicia indígena, se alimentó en la sociedad nacional sentimientos de alarma, burla, rechazo, desprecio social y desnaturalización de los métodos y procedimientos que aplica la justicia indígena para resolver sus conflictos internos, contribuyendo a reforzar el imaginario social estigmatizante respecto de las prácticas ancestrales de estos pueblos indígenas, que fuera práctica común alimentada en el Estado mono cultural hasta antes de la Constitución del 2008, lo que a partir de esa fecha se encuentra constitucionalmente vetado.

Conforme dispone el artículo 18 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a “Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”. Esto implica que la información que se difunda o produzca en torno a un hecho, ya sea a través de los medios de comunicación o de cualquier autoridad pública o particular –y muy particularmente en torno a hechos que ocurren al interior de los pueblos indígenas por su particular condición económica, social y cultural–, debe cumplir parámetros que garanticen la veracidad de la información, eviten la descontextualización o la tergiversación de su realidad, y que esa información que se difunda contribuya a la pedagogía social de respeto a la diferencia, como valor constitucional intrínseco atinente a una sociedad y estado plurinacional e intercultural, normativamente protegido.

De modo que en casos como el de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, la información emitida al respecto debía tomar en consideración cada uno de los requisitos marcados por la Constitución de la República. Al ser temas de alta complejidad y gran sensibilidad, al difundir lo sucedido en la comunidad de La Cocha se debió garantizar, especialmente, que la información se encuentre contextualizada, sea plural y verificada, puesto que al emitir exclusivamente imágenes y criterios respecto de hechos tan sensibles, sin presentar el contexto en el que se efectúan y sin una adecuada explicación respecto de lo que es la justicia indígena y sus prácticas tradicionales, se ha favorecido a la estigmatización, desnaturalización, y desvalorización del sistema constitucional de justicia indígena.

Si la sociedad no cuenta con información completa, contextualizada, plural y verificada no puede conocer y entender la realidad específica y, por el contrario, puede ser inducida

al equívoco y al prejuicio discriminatorio, por lo que en casos como este, sujetos a una particular protección constitucional, y dada su especial situación y características socio culturales, es indispensable que toda la información difundida en los medios de comunicación, así como por parte de las autoridades públicas, cuente con la participación de expertos, de miembros de la comunidad, y que su difusión se enmarque dentro del pluralismo y la interculturalidad que ordena y reconoce nuestra Constitución.

Esto tiene su razón de ser porque, además, existe una constante confusión entre ajusticiamiento o linchamiento y justicia indígena, que ya fue puesto en evidencia por parte del Relator Especial sobre Ejecuciones, Philip Alston, quien señaló que:

“los medios de comunicación y funcionarios confunden con demasiada frecuencia la cuestión de los linchamientos (denominada también justicia privada o popular) con la justicia indígena (...) La Justicia indígena es la justicia administrada con arreglo a las tradiciones indígenas. En marcado contraste con los casos de linchamiento, no implica la realización de actos de violencia arbitrarios o vengativos. La justicia indígena tiene por objetivo reintegrar a los delincuentes en la comunidad y es un proceso formal dirigido por líderes indígenas y miembros de la comunidad.

(...) Los medios de comunicación y los funcionarios deberían tener cuidado de distinguir claramente entre los linchamientos y la justicia indígena. La justicia indígena está reconocida en la Constitución y es una parte importante del sistema jurídico del país”⁸.

Por consiguiente, constituye una acción reprochable y vulneradora de derechos constitucionales, que reportajes periodísticos o autoridades públicas presenten imágenes y afirmaciones en las que se descontextualiza la justicia indígena y se la presenta como un acto de linchamiento, fomentando el desconocimiento y prejuicios de estigma en contra de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En consecuencia, en sometimiento a la Constitución, para garantizar el ejercicio de una práctica comunicacional de carácter intercultural que respete a la justicia indígena, a los miembros de la comunidad y a las víctimas de actos delictivos, los medios de comunicación deben emitir información contextualizada, verificada y veraz, que refleje una visión plural, enmarcada en el respeto y tolerancia a prácticas sociales y culturales diferentes, que no aliente o incentive reacciones discriminatorias contra las personas, pueblos y nacionalidades indígenas.

Por lo expuesto, esta Corte establece que a partir de la aprobación y publicación de esta sentencia, será obligación de todo medio de comunicación, público, privado o comunitario, así como por parte de cualquier autoridad pública o particular, siempre que difundan y analicen temas de justicia indígena, otorgar los espacios necesarios para que

8 Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

las autoridades de justicia indígena, las partes procesales, así como las autoridades de la justicia penal ordinaria y, de ser el caso, expertos conocedores del tema, participen, expliquen y presenten argumentos y opiniones respecto al tema en cuestión.

Este resguardo debe adoptarse en vista de que en muchos casos las diversas costumbres, tradiciones y concepciones de los pueblos indígenas frente a aquellas de la sociedad blanco-mestiza pueden ser antagónicas o, eventualmente, parecer incompatibles con los valores más generalizados de la sociedad mayoritaria. Ante esto, para entender determinadas prácticas culturales ajenas a la cultura que representa la justicia ordinaria –como la imposición de sanciones corporales, por ejemplo–, es necesario hacer un ejercicio plural e intercultural de aproximación a los significados de aquello que de manera incoherente e inconexa se nos presenta como hechos que ocurren en un marco cultural distinto al de la cultura nacional mayoritaria.

Como consecuencia de lo analizado, la Corte Constitucional determina que cualquier medio de comunicación público, privado o comunitario, autoridades públicas o particulares, para ajustar su actuación a la normativa constitucional vigente, cuando se trate de emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena, deberán evitar toda desnaturalización del significado del proceso de justicia indígena, para lo cual están en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad, debiendo para el efecto, previa autorización de las autoridades indígenas concernidas, documentar y presentar los aspectos relevantes del procedimiento de administración de justicia indígena, de manera integral, y no solo difundir un aspecto aislado, como el ritual de sanción, evitando de esta manera atentar contra el derecho a una información constitucionalmente protegida.

Para concluir, esta Corte destaca que en materia de garantías jurisdiccionales resulta trascendental la generación de criterios jurisprudenciales vinculantes a partir del análisis de los hechos que dan origen a cada caso, circunstancia que diferencia al derecho jurisprudencial del derecho de origen legislativo. En consecuencia, los efectos del presente fallo serán para el caso concreto, pero los criterios interpretativos y reglas también se extienden a casos que presenten hechos similares. Finalmente, los criterios señalados cubren a las personas integrantes del pueblo Kichwa Panzaleo de la Provincia de Cotopaxi, individual o colectivamente considerados en sus territorios.

III. Decisión

Siendo que el desarrollo del contenido constitucional responde a una de las obligaciones primordiales que tiene esta Corte y una de sus principales preocupaciones es garantizar la vigencia plena y eficaz del orden jurídico y político aprobado por el Constituyente en Montecristi, en mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente

Sentencia

Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.

Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.

Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento.

De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos

internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios.

Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes.

Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.

Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutiva de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, debiendo traducirse la parte resolutiva al idioma Kichwa para ser divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi.

Publíquese una gaceta exclusiva en español y Kichwa, y, la parte resolutiva publíquese en español y Kichwa en un diario de circulación nacional.

Patrício Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con seis votos a favor, de las juezas y jueces: Antonio Gagliardo Loor, Wendy Molina Andrade, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patrício Pazmiño Freire; un voto salvado del juez Marcelo Jaramillo Villa, sin contar con la presencia de las juezas Tatiana Ordeñana Sierra y María del Carmen Maldonado Sánchez, en sesión extraordinaria del 30 de julio del 2014. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mccp/mesb

Caso N° 0731-10-EP

Voto Salvado: Fabián Marcelo Jaramillo Villa

En vista de la decisión de mayoría adoptada por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión de 30 de julio de 2014, en relación con la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha; en ejercicio de la facultad que me confiere el Art. 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Art. 27 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional; y, con absoluto respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, dejo constancia de mi opinión discrepante respecto de la decisión adoptada.

Mi voto salvado se sustenta en los elementos de convicción planteados y argumentados en el proyecto de sentencia presentado al Pleno de la Corte Constitucional, en mi calidad de juez ponente original de la causa; elementos que además defendí durante todas las deliberaciones efectuadas en las correspondientes sesiones del Pleno del Organismo, dedicadas a tratar este caso, especialmente en la realizada el día 2 de julio de 2014, cuyos contenidos se encuentran en las correspondientes actas magnetofónicas.

Antecedentes

Resumen de admisibilidad

El 08 de junio del 2010, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, presenta acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de la Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

El 08 de junio del 2010, la Secretaría General de la Corte Constitucional para el período de transición certifica que respecto de la causa N.º 0731-10-EP, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

Mediante auto de 07 de julio del 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, ordena se aclare y complete la demanda.

El 20 de julio del 2010, el legitimado activo, Víctor Manuel Olivo Pallo, presentó el escrito de aclaración de su demanda solicitado por la Sala de Admisión.

Mediante auto de 12 de agosto de 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, admitió a trámite la demanda de Víctor Manuel Olivo Pallo.

En relación al escrito de aclaración presentado por los señores Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, y Manuel Orlando Quishpe Ante, este fue rechazado debido a que fue presentado fuera del término dispuesto por la Sala de Admisión.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición, en sesión de 19 de agosto de 2010, le correspondió al juez Manuel Viteri Olvera, actuar como ponente en la causa N° 0731-10-EP, quien avocó conocimiento mediante auto de 30 de septiembre de 2010 y dispuso que las autoridades indígenas demandadas emitan un informe para una mejor ilustración de los hechos ocurridos y la convocatoria a audiencia pública.

Conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria de 03 de enero de 2013, le correspondió al juez Fabián Marcelo Jaramillo Villa, actuar como ponente de la causa.

El 04 de febrero de 2014, el juez ponente, avocó conocimiento de la causa.

Decisiones de justicia indígena que se impugnan

Las decisiones de justicia indígena que se impugnan son las adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi.

1.- Resolución adoptada el 16 de mayo de 2010:

"1.- Declaración pública del señor Silvio Candeleja Quishpe junto con los cuatro involucrados sobre como ocurrió el asesinato de quienes y como participaron en la muerte del joven Marco Olivo Pallo, lo cual se cumple los señores: 2.- Los señores Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe según las declaraciones de los jóvenes, se los declara como partícipes de la muerte del joven Marco Antonio Olivo, pues ellos llevaron, los golpearon y todos participaron hasta que se muera, por lo mismo serán castigados conforme la justicia indígena. 3. -Indemnización de 5000 dólares la misma que la disposición de la parte ofendida deciden donar a favor de la organización UNOCIC, para la compra de equipos, materiales en beneficio de la comunidad y de la colectividad. 4.- La Asamblea General identifica que la zona de la parroquia Zumbahua existente de la presencia de grupos de pandilla y mismos que han participado en varios actos de vandalismo, pelea y más actos que han puesto a los habitantes en preocupación,

los mismos que son rokeros, emos, Pata cuarenta, Latinkins, Batolocos, por lo que resuelven prohibir el ingreso de estos jóvenes e involucrados en el asesinato a las fiestas, sociales y culturales a la parroquia de Zumbahua por el tiempo de 2 años.

5.- Expulsión de estos jóvenes durante los dos años de la comunidad y la parroquia Zumbahua así como responsabilizarse de la rehabilitación por parte de los familiares involucrados. 6.- A los señores Iván Candeleja Quishpe Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe, Asamblea decide en poner como sanción por la participación en la muerte del joven indígena Marco Antonio Olivo Palio, con el baño de agua con ortiga por el tiempo de 30 minutos, cargada de la tierra y que de manera desnuda de la vuelta a la plaza central de la comunidad, además recibirá un castigo por cada uno de los dirigentes de la comunidad y que esto sea visible ante la asamblea lo cual se cumple. 7.- Entregar estos "relaci"(sic) resoluciones a las autoridades que requieran y socializar a los dirigentes y base de la comunidad para el conocimiento respectivo. 8.- El perdón público ante la asamblea por parte de los involucrados lo cual se cumple. 9. Las partes involucradas y los familiares se comprometen ante la Asamblea a respetar y acatar fielmente lo resuelto por la comunidad como justicia indígena. 10.- La asamblea declara al señor Orlando Quishpe Ante, como responsable directo de la muerte del señor Marco Antonio Olivo Palio (...) En estas circunstancias la Asamblea dispone que el señor Orlando Quishpe Ante, se quede bajo responsabilidad y cuidado de la comunidad de la Cocha, hasta que los dirigentes y más autoridades de la Cocha, Guantopolo y de la parroquia Zumbahua se reúnen y busquen una salida y las sanciones a aplicarse en la próxima asamblea y siendo a las 11:00 horas de la noche concluye y certifica el presidente y la secretaria."

2.- Resolución adoptada el 23 de mayo de 2010:

"(...) Luego de las deliberaciones, debates de todo lo ocurrido la asamblea adopta las siguientes: 1.- Aplicar la justicia indígena al Sr. Orlando Quishpe Ante, como actor principal de la muerte de Marco Antonio Olivo de conformidad al Art. 171 de la Constitución y el Art.343 del código orgánico de la función judicial; de acuerdo a las normas y procedimientos propios, consistentes en un fuetes dirigentes presentes y dar una vuelta a la plaza pública cargando un quilo de tierras desnudo, pedido de perdón a los familiares y a la Asamblea, baño con agua y ortiga a lapso de 40 minutos y toca también tenderse en la mitad de los palos y en la presencia de toda la asamblea, seguido de consejos por parte de los dirigentes. Lo cual se cumple a cabalidad. 2.- Sentenciar en trabajo comunitario por el tiempo de 5 años. 3.- Seguimiento y evaluación y de trabajo comunitario por parte de los dirigentes de las 24 comunidades y los dirigentes de Guantopolo. 4. Indemnización a la madre la cantidad de 1.750 dólares, la misma que es entregado a la madre del difunto. 5.- Firma de respaldos de los dirigentes de las 24 comunidades como constancia de la participación en esta resolución sobre la muerte de esta forma; después de casi 15 días de averiguaciones, de confrontaciones, dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y

tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo tanto para los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado y la tranquilidad la paz y la armonía se ha establecido (...)."

Fundamentos y pretensión de la demanda

Antecedentes

La presente acción extraordinaria de protección tiene como antecedentes lo siguiente:

El domingo 09 de mayo del 2010, en la Parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, mientras se realizaba un baile en la comunidad, se produce la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, miembro de la comunidad indígena de La Cocha.

El día 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha, por petición de los familiares de la víctima y de las autoridades de Quantopolo, asumen el juzgamiento del caso y se instalan en Asamblea General.

Durante la etapa de investigaciones Iván Candeleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe son identificados como coautores de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, en tanto que Manuel Orlando Quishpe Ante, es identificado como autor material.

El 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas en Asamblea General resolvieron sancionar a Iván Candeleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe, identificados como coautores de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, con baño de agua con ortiga durante 30 minutos; cargada de tierra y piedras alrededor de la plaza pública desnudos; expulsión de la comunidad durante dos años, con la consecuente prohibición de participar en las fiestas y actividades sociales y culturales de la parroquia de Zumbahua por el mismo tiempo. Así también, dispusieron el pago de una indemnización de cinco mil dólares de Estados Unidos de América (USD 5.000,00), dinero que sería entregado a la UNOCIC, organización indígena a la que pertenecen las autoridades de la comunidad para la compra de equipos y materiales en beneficio de la comunidad y de la colectividad.

El 23 de mayo de 2010, las autoridades indígenas en Asamblea General resolvieron sancionar a Manuel Orlando Quishpe Ante, identificado como autor material de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, con: 1) un "fuete" de los

dirigentes presentes; una vuelta a la plaza pública desnudo cargando un quintal de tierra; el pedido de perdón público a los familiares y a la Asamblea; baño con agua y ortiga por un periodo de 40 minutos, tenderse en la mitad de los palos y en la presencia de toda la asamblea, seguido de consejo por parte de los dirigentes; 2) trabajo comunitario por el tiempo de 5 años; 3) seguimiento y evaluación del trabajo comunitario por parte de los dirigentes de la comunidad de Quantopolo y las 24 comunidades que hacen parte del pueblo Panzaleo; 4) el pago de una indemnización de mil setecientos cincuenta dólares de Estados Unidos de América (USD 1.750,00) a favor de la madre del fallecido.

En el acta N.º 24, de fecha 23 de mayo de 2010, "Acta de Solución de Conflicto por Muerte suscitada en la Parroquia Zumbahua y Juzgado en la Comunidad La Cocha" se deja constancia que:

"El Ministro Fiscal General ha acusado que hemos secuestrado y plagiado a los acusados y responsables de la muerte del joven Marco Olivo Pallo (...) Además conocemos el día miércoles 19 de mayo el Fiscal General del Estado ha venido a la parroquia Zumbahua ha pretendido llegar a la Cocha y ha querido llevar a Orlando Quishpe a la justicia ordinaria, y ha tenido problemas con los compañeros de Quantopolo y ha regresado".

Según consta a fojas 130 del expediente, los dirigentes indígenas Ricardo Chaluisa Cuchiparte, Presidente de la Comunidad de la Cocha, Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaqua, Tesorero y Blanca Yolanda Mejía Umajinga, Secretaria de la Comunidad, fueron detenidos por la Policía de Cotopaxi el 4 de junio de 2010.

Mediante providencia dictada el 24 de septiembre de 2010, el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi dicta auto de llamamiento a juicio respecto de los imputados Iván Blamido Candelejo Quishpe; Flavio Hernán Candelejo Quishpe; Manuel Orlando Quishpe Ante; Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga; y Klever Fernando Chaluisa Umajinga por presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial, conocido como asesinato, tipificado y sancionado en el Art. 450 numerales 1, 4, 5, 6 del Código Penal.

Detalle y fundamento de la demanda

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en su calidad de hermano de Marco Antonio Olivo Pallo, entre otras cosas, manifiesta:

"las autoridades indígenas de las Comunidades de la Cocha y Quantopolo, a donde pertenecen los involucrados, en base al artículo Art. 171 de la Constitución de la República y el Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, ejerciendo las funciones jurisdiccionales conforme a las tradiciones ancestrales y el derecho propio;

conocieron el caso y según los procedimientos propios de la jurisdicción indígena, enmarcados dentro del debido proceso, el día domingo 23 de mayo respectivamente, resolvieron este hecho estableciendo la culpabilidad de los jóvenes, a quienes se impuso sanciones conforme la justicia indígena, esto es se aplicó el baño de agua fría, látigo, ortiga y el resarcimiento material contra los jóvenes indígenas".

Indica que a raíz del juzgamiento por parte de las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha se ha generado un arduo debate en los distintos medios televisivos, radios y medios escritos, así como también ha generado reacciones de la sociedad nacional, propuestas y ataques de diversas autoridades, políticos y más personajes del país.

Por otro lado, señala que el Fiscal General del Estado desconociendo la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha con el fin de rescatar a los involucrados en la muerte de su hermano, quienes presuntamente habrían sido secuestrados y retenidos ilegalmente. Asimismo, el Ministro de Gobierno y Policía intentó utilizar la fuerza pública para rescatarlos y solicitó se inicie las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas.

De otra parte, el accionante señala que:

"conforme el Convenio 169 de la OIT, Art. 10 numeral 2, la aplicación de sanciones distintas al encarcelamiento tiene que ver con la aplicación de sanciones propias de la cosmovisión indígena, la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., que representan la filosofía y la cosmovisión totalmente opuesta a la visión de la mayoría de la sociedad nacional, que según varias jurisprudencias, como las de la Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales".

Por lo que sostiene que:

"los involucrados en este conflicto y los jóvenes indígenas que ya han sido sancionados por la justicia indígena, llevados por la politización del poder ejecutivo, hoy presuntamente no están de acuerdo con lo resuelto por las autoridades de la Comunidad de la Cocha, a pesar de que las autoridades de la Comunidad actuaron bajo una petición previa y voluntaria de las autoridades de la comunidad de Guantopolo, jurisdicción a la que pertenecen los sancionados".

El accionante hace notar que, en el presente caso, los cinco responsables del hecho se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron voluntariamente que se les aplique la justicia indígena; sin embargo de ello, sostiene que ahora pretenden acogerse a la justicia ordinaria, por lo que están siendo procesados dentro de esta jurisdicción, evidenciando de esta manera un doble juzgamiento.

Afirma que, como hermano de la víctima, junto a sus demás familiares, de manera voluntaria, solicitaron la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha y de la Comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los involucrados, los cuales en estricto apego a lo que dispone el artículo 171 de la Constitución de la República; el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, ejercieron funciones jurisdiccionales y solucionaron el caso, motivo por el cual para ellos, el tema es cosa juzgada.

Adicionalmente, el accionante solicita a la Corte Constitucional del Ecuador, amparo su condición de parte ofendida asegurando que las resoluciones adoptadas por las autoridades de la Comunidad "La Cocha", sean materialmente eficaces y se amparen bajo el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Ley Fundamental.

Por otra parte, el accionante, al aclarar su demanda señala que se han vulnerado sus derechos constitucionales contenidos en los artículos: 57 numeral 10 (creación, desarrollo, aplicación y práctica del derecho propio); 66 numeral 18 (derecho al honor y buen nombre); 78 (derecho a la no re victimización); 82 (derecho a la seguridad jurídica); y 171 (justicia indígena).

Y manifiesta que:

"El razonamiento válido para impugnar las dos decisiones emitidas por las autoridades de la Comunidad de "La Cocha" se centraliza en la fase de ejecución de la decisión emitida, por cuanto el sometimiento voluntario de toda la familia Olivo Pallo fue en virtud de que las decisiones debían respetarse y cumplirse a cabalidad conforme se acordó inclusive con los asesinos de mi hermano y sus familiares.

Por lo tanto son las autoridades demandadas quienes debían prever con sus organizaciones y a través de su potestad conferida por la Constitución de la República del Ecuador y demás instrumentos internacionales de carácter específico, la seguridad de que se efectivicen todos los puntos acordados. Sin embargo se inician procesos judiciales y nos revictimizan y nos obligan a comparecer a indagaciones inclusive por la fuerza, cuando al parecer todo estaba en firme y se trataba de una cosa juzgada. (Negrillas fuera del texto original)

A las autoridades referidas les correspondía imponer sus decisiones a través de la coordinación y cooperación con las otras instituciones del Estado, pero lastimosamente no se ha aplicado coercitivamente su mandato para que se cumplan los procedimientos del sistema jurídico interno".

Afirma además que la honra y dignidad de su familia, se ha visto amenazada por la excesiva publicidad que se ha dado a este caso, la misma que no ha respetado la memoria de su hermano y el sufrimiento de su madre. Considera que las autoridades indígenas debían prohibir la publicidad de las imágenes de la aplicación de la justicia indígena ya que se los ha presentado ante la opinión pública como salvajes y bárbaros.

Finalmente, señala que a partir del ejercicio de la jurisdicción indígena, los sancionados y las autoridades indígenas están siendo procesados por la justicia ordinaria lo cual ha dejado en una situación de absoluta indefensión a los involucrados en la administración de justicia, caso La Cocha.

Pretensión

El accionante solicita que la Corte Constitucional ejerza control de constitucionalidad y revise las resoluciones de las autoridades indígenas de La Cocha. Además, pide que el fallo de la Corte Constitucional, al revisar y ejercer el control de constitucionalidad, determine lo siguiente:

1. *¿Si las autoridades indígenas de la Cocha al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrido en el territorio indígena de la Parroquia de Zumbahua?*
2. *¿Si la Resolución de las Autoridades de la Comunidad de la Cocha, se apega o no al mandato constitucional del Art. 171 y al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial?*
3. *¿Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estas son actos de salvajismos, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido?*
4. *¿Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio?*
5. *¿Si los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes?*
6. *¿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, y disponga cuales son las formas de coordinación y cooperación que deben tener las autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí?*
7. *¿Es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Palla que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria?*
8. *¿En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuales son los mínimos jurídicos, que las autoridades indígenas deben observar?; y,*
9. *¿Si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución?"*

Contestación de la demanda

Argumentos de la parte accionada

De la revisión del expediente que reposa en la Corte Constitucional, se encuentra que, pese a haber sido debidamente notificados con el auto de aviso conocimiento, las autoridades indígenas de La Cocha no han remitido el informe solicitado por el juez ponente en la providencia de 30 de septiembre de 2010.

Argumentos de terceros interesados en la causa

Los señores Manuel Orlando Quishpe Ante y otros, encausados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo, en calidad de terceros interesados en la causa, manifiestan que se violó la Constitución, ya que les fue reprimido el derecho a la legítima defensa en todo el proceso de ajusticiamiento indígena realizado en su contra. Señalan que jamás contaron con un abogado o un tercero imparcial que defienda sus derechos y que fueron sometidos a tortura durante varios días para que declaren su culpa. Sostienen además que no se manejó un procedimiento público, ya que las supuestas audiencias fueron a puerta cerrada, en donde estaban solo las autoridades de la comunidad y ellos; por lo que se violentó la Constitución en el artículo 76 numeral 7 literal d.

Por otra parte, manifiestan:

"Se ha violado nuestro derecho a la integridad personal, pues hemos sido golpeados, se atentó contra nuestra integridad física, se atentó contra nuestra integridad moral y sexual al desnudarnos en medio de la plaza. El literal g) del artículo 66 manifestado expresamente prohíbe la tortura, tratos y penas crueles y degradantes, al hostigarnos, mojarnos con agua helada y ridiculizarnos en frente de la Comunidad. No consideramos que los actos antes mencionados constituyan purificación de nuestros cuerpos y almas, como comúnmente expresan líderes de la comunidad, si una vil violación a nuestros derechos humanos y constitucionales o es que acaso alguien puede pretender que el cuerpo se purifica al estar colgado desnudo, flagelado y con los brazos en la espalda durante largas y dolorosas horas"

A foja 62 del expediente, los comparecientes señalan que el día 16 de mayo de 2010 fueron torturados puesto que debieron cargar saquillos llenos de piedras por más de 2 km., sin zapatos, solo con ropa interior, siendo insultados y pinchados con palos por la gente que estaba a su alrededor; así también, cuando llegaron al centro de la plaza de La Cocha les hicieron dar dos vueltas a la plaza, ridiculizándolos, insultándolos, y obligándolos a gritar "somos asesinos" a lo que por la presión y el terror que vivían lo hicieron. Según su opinión, se evidencia tratos crueles, torturas y la obligación de declararse culpables, lo cual se encuentra prohibido por la Constitución y los Convenios Internacionales sobre derechos humanos.

Agregan que a cuatro de los inculpados se les amarró las manos, se les colgó en palos y se los mantuvo en esa posición por más de 30 minutos, para luego ser despojados de sus prendas íntimas por un grupo de mujeres, avergonzándolos en frente de la comunidad. Además, dicen que les bañaron en agua helada y recibieron de los dirigentes dos latigazos por cada uno, en total 48 latigazos.

Finalmente, los comparecientes afirman que:

"Se ha violado el derecho a la integridad personal del Manuel Orlando Quishpe, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Klever Fernando Chaluisa Umajinga, al aplicar tratos inhumanos y crueles que vioentaron el artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (...)"

"Se ha violado todas las garantías judiciales constantes en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que no existió plazo razonable ni los medios adecuados para preparar la legítima defensa, tampoco existió un Juez Imparcial. Jamás existió la presunción de inocencia de la que nos reconoce la ley y en este caso la Convención, tampoco existieron pruebas o indicios necesarios para que se puedan establecer responsables de este hecho. No tuvimos un abogado defensor quien nos patrocinara ni nos permita ejercer la legítima defensa, en ninguna etapa de este supuesto proceso de justicia indígena."

Se debe también dejar constancia que mediante escrito presentado ante la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2010 (fjs. 95), los señores Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Klever Fernando Chaluisa Umajinga, de manera voluntaria dejan sin efecto el escrito a través del cual se oponían a la acción extraordinaria de protección, pues según señalan:

*"fuimos erradamente asesorados por sus anteriores defensores, por lo tanto y por convenir a nuestros intereses así como por requerir del pronunciamiento de esta Corte sobre el alcance de la jurisdicción indígena consagrado en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, manifestamos que estamos en total acuerdo y nos **ADHERIMOS** a la demanda planteada por el señor Víctor Olivo Pallo donde consta la acción extraordinaria de protección".*

Amicus Curiae

Mediante escrito presentado el 21 de abril de 2014, comparece el doctor Ernesto Pazmiño Granizo, Defensor Público General del Ecuador, y los señores Jorge Paladines Rodríguez y Luis Ávila Santamaría, funcionarios de la Defensoría Pública, y presentan un *amicus curiae* en el que manifiestan, en lo principal, que:

La Corte Constitucional no es *a priori* competente formalmente para limitar de ninguna manera lo establecido en el artículo 171 de la Constitución como un mínimo sustancial. Según señalan, el artículo 171 impone estrictos y suficientes límites al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, de tal manera que estiman que cualquier regulación, aún jurisprudencial, significaría una limitación constitucional que además, haría imposible su funcionamiento y existencia como una de las manifestaciones más importantes del Estado plurinacional reconocido por la Constitución de 2008.

Además, sostienen que en virtud del artículo 10 numeral 7 de la Constitución el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Por lo que, afirman que la Corte tiene un mandato ineludible e impostergable de desarrollar en progresivo y no regresivo el artículo 171 de la Constitución, a través de su jurisprudencia.

Señalan que todo lo dicho no significa que los sistemas de justicia indígena deban funcionar sin ningún control o que se tolere cualquier vulneración de derechos a partir de un justificativo cultural, pero aquello no quiere decir que la Corte Constitucional pueda decidir en abstracto cuál es la competencia material que corresponde a los sistemas de justicia indígena. Más aún porque sí existe un sistema para establecer límites y el control constitucional mediante acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones finales de la justicia indígena.

De modo que consideran que la Corte Constitucional, debe determinar en cada caso y a partir de una interpretación intercultural, los límites adecuados al ejercicio de la justicia indígena, pero sin destruir su autonomía funcional determinada en la Constitución. Especialmente porque consideran que el artículo 171 de la Constitución no tiene un límite formal respecto de la actuación de los sistemas de justicia indígena, puesto que todos los supuestos de dicha disposición deben ser entendidos interculturalmente, debido a la autonomía que el poder constituyente les dio.

Respecto a las funciones jurisdiccionales y el territorio en la solución de conflictos internos de las comunidades indígenas señalan que la naturaleza comunitaria de estos sistemas de justicia llevan a entender la frase "funciones jurisdiccionales" del artículo 171 de la Constitución de una manera distinta a lo que ocurre en el derecho occidental. Las formas de hacer justicia de las autoridades de justicia indígena tienen particularidades propias, especialmente en cuanto a su naturaleza comunitaria. Generalmente, dicen, los fines que se buscan con la actuación de la autoridad indígena son la armonía y el equilibrio comunitario y no necesariamente la solución de un conflicto inter partes.

Señalan que en justicia indígena no existen partes procesales ni jurisdicción ni funciones jurisdiccionales, por lo que consideran que la frase "dentro de su ámbito territorial" es totalmente inaplicable a los sistemas de justicia indígena. Según señalan, la justicia indígena opera a través de lazos comunitarios y no necesariamente está vinculada a un espacio físico inmaterial respecto de la autoridad. En tal sentido, manifiestan que la justicia indígena

no actúa sobre el espacio físico determinado, sino que puede ir más allá. De manera que, según su opinión, los conflictos que afectan la relación holística de las comunidades indígenas pueden ser tratados por sus sistemas de justicia, aun cuando para la perspectiva blanco-mestiza o estatal estos están particionados por conceptos como jurisdicción, competencia, interés o partes procesales.

Respecto de los derechos humanos y su derecho propio, manifiestan que el desconocimiento de los valores y el entendimiento de las decisiones de los sistemas de justicia indígena producen una falsa apariencia de contradicción con los derechos humanos. Se vuelve indispensable, dicen, entender mediante peritajes antropológicos las normas del derecho propio de los colectivos indígenas, respecto de que no existan prácticas violatorias de los derechos humanos en el ejercicio de sus sistemas de justicia tal como sucede, también, en la jurisdicción ordinaria. Por lo que, aseveran que no se puede afirmar sin más que la justicia indígena debe someterse a la visión occidental de los derechos humanos, pues aquello supone un prejuicio que la subordina y excluye de toda posibilidad de existencia.

Audiencia Pública

El 14 de octubre del 2010, a las 10h00, se llevó a efecto la audiencia pública convocada por el entonces juez ponente de la causa. A la referida diligencia concurrieron los doctores Raúl Ilaquiche y Carlos Poveda en representación del señor Víctor Manuel Olivo Pallo; el doctor Alex Alajo en representación del Presidente y las autoridades Indígenas de la Comunidad Indígena de la Cocha; y, el doctor Bolívar Beltrán en representación de los señores Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe y demás involucrados en el caso.

A continuación se resumen los principales argumentos esgrimidos por los distintos intervenientes:

El demandante, por medio de sus abogados, ratificó el contenido de la demanda. Hizo énfasis en el hecho de que, de acuerdo con la Constitución, eran las autoridades indígenas las competentes para juzgar la muerte de su hermano, por tratarse de un homicidio ocurrido dentro de una comunidad indígena, y donde tanto la víctima como los responsables eran indígenas miembros de la comunidad. Así mismo, reiteró que inicialmente las autoridades indígenas actuaron correctamente en el marco de la Constitución al conocer y sancionar el hecho; y que posteriormente abandonaron sus responsabilidades al no reclamar para sí la competencia de ejecución de la sanción impuesta por la justicia comunitaria.

Las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, manifestaron, por medio de su abogado, que tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de Justicia reconocen la existencia de la justicia indígena; que su actuación en el caso se enmarcó estrictamente a los mandatos constitucionales y que jamás atentaron contra los derechos humanos de los implicados.

Los afectados por la decisión de la justicia indígena, actuando como terceros interesados, por medio de su apoderado, manifestaron que pese a haber presentado un escrito de oposición a la actuación de las autoridades indígenas en el presente caso, están de acuerdo con la justicia indígena y con la sanción impuesta en su contra por las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha. Finalmente, rechazaron su detención y afirmaron que lo consideran un doble juzgamiento por parte de la justicia ordinaria, con lo que se configura una violación del principio *non bis in idem* establecido en el Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República.

Peritajes

Por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto del derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, la Corte Constitucional requirió la colaboración de dos expertos quienes realizaron los peritajes correspondientes para la resolución de la presente causa y cuyo contenido ha sido tomado como insumo técnico jurisdiccional.

En tal sentido, tal como consta a fojas 301 del expediente constitucional, el 25 de enero de 2011, la antropóloga y doctora en derecho Esther Sánchez Botero entregó a la Corte Constitucional un peritaje antropológico del caso.

Posteriormente, a fojas 425 del expediente, consta que, el 2 de abril de 2013, el Presbítero Pedro Torres, experto en manejo y resolución de conflictos indígenas en Ecuador, presentó ante la Corte Constitucional su investigación especializada respecto de la causa.

II. Consideraciones de la Corte Constitucional

Competencia

El artículo 171 de la Constitución del Repùblica, establece:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad...”⁹. (Negrillas fuera de texto original)

⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Este control de constitucionalidad sobre las decisiones de justicia indígena, al que se refiere este artículo de la Constitución se lo realiza vía acción extraordinaria de protección, por lo que le corresponde a la Corte Constitucional de conformidad a lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, conocer sustanciar y resolver el presente caso, para lo cual debe examinar que las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las autoridades indígenas la comunidad de La Cocha no vulneren derechos constitucionales, observando además los principios contenidos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, referidos principalmente a: Interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, diversidad, igualdad, *non bis in idem*, pro jurisdicción indígena.

Análisis constitucional

Consideraciones previas

El Ecuador como Estado intercultural y plurinacional

La plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia no solo con cierto ámbito geográfico territorial sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación.

Al asumir el Estado ecuatoriano el paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia se precautela el reconocimiento de los derechos de las personas individualmente, pero también el derecho de las colectividades que lo integran. Por ende, reconociendo la existencia de las colectividades pertenecientes a minorías étnicas, se protege integralmente sus derechos, respetando sus costumbres y tradiciones, evitando subordinarlos a una cultura nacional mayoritaria, distinta a su cosmovisión propia.

Las sociedades modernas paulatinamente han ido reconociendo la diversidad cultural existente en sus territorios, y la han consagrado como un principio dentro de sus Constituciones. Este hecho no ha quedado únicamente expresado formalmente en los textos constitucionales de estas sociedades, sino que estas además se han preocupado para que este principio se materialice. Los criterios jurisprudenciales adoptados por algunas Cortes Constitucionales han sido importantes para su materialización. Así tenemos que la Corte Constitucional de Colombia, con relación a este tema, ha manifestado:

“El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales,

que se aleja de la concepción unitaria de ‘naturaleza humana’, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho.

*[...] La función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. [...] En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo”.*¹⁰

Cabe anotar que las características de plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario sino el concepto de Estado homogéneo, esto es, comportan el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la existencia de minorías históricamente invisibilizadas y como consecuencia de aquello discriminadas. En tal virtud, la interculturalidad y la plurinacionalidad no constituyen un riesgo al Estado unitario ni a la democracia. Al contrario, robustecen el principio de unidad, respetando la diversidad étnica y cultural y fortaleciendo una democracia sustentada en los derechos y el respeto a las minorías.

Para hacer frente a esta realidad, dentro de nuestra Constitución se consagra la interculturalidad tendiente a mantener una relación de diálogo permanente entre la cultura mayoritaria y las demás culturas existentes en el país, aquello con el objeto de fomentar una sociedad más igualitaria que permita el reconocimiento material de los derechos de grupos invisibilizados históricamente.

La Constitución de la República en los artículos 3 numeral 3; 10; 56; 57; 60; 171; 242; entre otros, determina los derechos que gozan los pueblos, comunidades, nacionalidades y demás colectividades ancestrales. Es más, el artículo 57 numeral 9, al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de autoridad, reconoce los territorios indígenas así como las tierras comunitarias de posesión ancestral en los cuales se desenvuelven las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

10 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-496/96, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

El Pluralismo Jurídico en el Ecuador

El pluralismo jurídico representa de la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su obediencia y aplicación en un mismo territorio. En consecuencia, el pluralismo jurídico pone en cuestión el monopolio de las instituciones estatales como las únicas autorizadas a crear derecho y a juzgar en derecho, y reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho y otras autoridades jurisdiccionales encargadas de su aplicación.

“El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción esta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial (Fitzpatrick 1998). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los Estados nacionales”.¹¹

El reconocimiento de la diversidad cultural en el país es una conquista de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que a través de sus luchas históricas han exigido el respeto a su identidad cultural y han conseguido que la sociedad y el Estado les reconozca y valore sus diferencias culturales, su organización social y sus saberes ancestrales dentro del marco constitucional ecuatoriano. Esto alcanza además el reconocimiento de su derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario. Derecho que también está reconocido en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT, del cual el Ecuador es signatario, así como en el ordenamiento jurídico interno, en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial. Adicionalmente, el artículo 171 de la Constitución de la República, expresamente reconoce a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial; facultad que también se encuentra prevista en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el artículo 171 de la Constitución a más que reconoce a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sus funciones jurisdiccionales, establece también la obligación del Estado de garantizar el respeto de las decisiones de la jurisdicción indígena, en especial por parte de las instituciones y autoridades públicas.

11 Elisa Cruz Rueda, “Principios Generales del Derecho Indígena”; en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, pp. 31.

Cabe destacar que adicional a estos derechos, para implementar el pluralismo jurídico, el ordenamiento legal interno establece que las actuaciones y decisiones de todos los operadores de justicia ordinaria deben estar enmarcadas en los principios de diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural. Por lo que, el pluralismo jurídico plantea el gran reto de que los sistemas de justicia ordinario y especial indígena mantengan una activa, constante, directa y estrecha coordinación, basada en el diálogo, la cooperación y el respeto mutuo y permanente.

Determinación de los problemas jurídicos a ser resueltos por la Corte Constitucional

Del análisis del expediente, la Corte Constitucional ha evidenciado que, desde un punto de vista formal, la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo no cumplió adecuadamente con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la presentación de una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena.

Del análisis de la demanda se desprende que no existe inconformidad por parte del accionante –y en última instancia, tampoco de los accionados, ni de los jóvenes sentenciados– respecto del contenido de las resoluciones adoptadas en la justicia indígena; sino más bien, existe preocupación frente al hecho de que se hayan iniciado procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria. Es decir, la acción en realidad se presentó frente a la inconformidad del accionante en relación a la falta de ejecución de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha y por tanto lo que se busca es que dichas decisiones sean respetadas por la justicia ordinaria y en general por las autoridades públicas. Concretamente, en la demanda el accionante manifiesta:

“Dejo constancia que en mi calidad de hermano y familiares del occiso también de manera voluntaria solicitamos la oportuna intervención y actuación de las autoridades indígenas de la Cocha junto con las autoridades de la Comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, quienes en estricto apego al Art. 171 de la Constitución; Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y los Arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 d la OIT ejerciendo funciones jurisdiccionales solucionaron el caso, en dicha resolución estamos de acuerdo, y para nosotros los familiares del occiso este tema es cosa juzgada, y no queremos acudir en un proceso de doble juzgamiento en la justicia ordinaria y nos negamos a poner una acusación particular de este hecho, porque nuestra jurisdicción es indígena”.

Así mismo, los imputados por la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, en el escrito de desistimiento presentado ante esta Corte (fjs. 95), señalan:

“(...) por convenir a nuestros intereses, así como por requerir del pronunciamiento

de esta Corte sobre el alcance de la jurisdicción indígena consagrada en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, manifestamos que estamos en total acuerdo y nos adherimos a la demanda planteada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, donde consta la acción extraordinaria de protección”.

Pese a que, desde un punto de vista formal, es evidente que la acción no confronta directamente la decisión de justicia indígena, es preciso tomar en consideración que la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección frente a decisiones de justicia indígena ha sido vista por la Corte Constitucional para el periodo de transición desde una óptica intercultural e interdisciplinaria. Así, desde una perspectiva intercultural, tomando en consideración las diferencias existentes entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, ha considerado que no es posible homogeneizar y positivar de modo inflexible los requisitos para la presentación de una acción extraordinaria de protección frente a decisiones de justicia indígena, por lo que la ha admitido a trámite.

Es preciso destacar además que una vez admitida y sustanciada la causa dentro de la Corte Constitucional para el periodo de transición, y de acuerdo con el precedente constitucional emitido por la primera Corte Constitucional en la sentencia N° 031-14-SEP-CC, referido a la preclusión procesal, le corresponde a esta Corte conocer el fondo del caso y efectuar un control de constitucionalidad de las decisiones indígenas para determinar si se vulneró o no derechos constitucionales.¹²

En tal sentido, en este caso concreto, siendo que el estado de la causa es el de resolver, tomando además en consideración el principio procesal pro justicia indígena, esta Corte estima necesario agrupar las pretensiones del accionante y desarrollar el análisis del caso a través de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

¿El proceso de juzgamiento llevado a cabo por la comunidad indígena de La Cocha por la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo se efectuó respetando el derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución?

¿Las autoridades indígenas de La Cocha eran competentes para conocer el juzgamiento de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en virtud de la autonomía jurisdiccional prevista en el artículo 171 de la Constitución?

¿En el presente caso se ha vulnerado el derecho a la no re victimización del accionante y su familia, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República?

12 Sentencia N° 031-14-SEP-CC: “La preclusión procesal tiene por finalidad posibilitar el progreso de los procesos judiciales mediante la prohibición de retrotraer el procedimiento y con ello consolidar los momentos cumplidos. De este modo, se garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales y el acceso a una tutela judicial efectiva, puesto que con ello las partes procesales tienen la certeza de que el proceso judicial avanzará de modo continuo y que no puede revisarse o retrotraerse tramos que ya han culminado y que se han consolidado”.

Resolución de problemas jurídicos

¿El proceso de juzgamiento llevado a cabo por la comunidad indígena de La Cocha en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo se efectuó respetando el derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución?

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina el derecho a la seguridad jurídica el cual tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales; estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano. Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.

Según el accionante, se irrespetó la Constitución y las normas jurídicas existentes en ella, pues como víctima y ofendido considera que no se ha amparado a su familia asegurando que las resoluciones adoptadas por las autoridades de la comunidad La Cocha, sean materialmente eficaces y firmes, y se consoliden bajo el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Ley Fundamental.

Como se ha mencionado en líneas anteriores el derecho a la seguridad jurídica está asociado con la observancia de la Constitución; a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas; y, aplicadas por autoridades competentes, por lo que cabe analizar si en las resoluciones de justicia indígena emitidas en el caso objeto del presente análisis se ha respetado dicho derecho de las partes procesales.

Debido a que en este caso se trata de decisiones de justicia indígena adoptadas en virtud de su derecho propio, para analizar si ha existido alguna vulneración al derecho a la seguridad jurídica se efectuará el análisis correspondiente a partir de una interpretación intercultural de sus prácticas, pues como bien ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa contra Paraguay:

“(...) para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.¹³

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Del estudio del caso concreto y de los peritajes técnicos obtenidos¹⁴, esta Corte encuentra que el sistema de justicia en el pueblo Kichwa Panzaleo, al cual pertenece la comunidad de La Cocha, cuenta con los siguientes elementos que deben ser resaltados:

Un conjunto de autoridades propias, socialmente reconocidas;
Reglas de conducta que exteriorizan valores perfectamente identificables por todos los miembros de la comunidad;

Existencia de una costumbre tradicional de resolver los conflictos internos a través de un procedimiento reconocible por todos los miembros de la comunidad; y,

Medidas correctivas o “sanciones” reconocidas, aceptadas y acatadas por toda la comunidad.

En primer lugar, respecto de la autoridad indígena y su habilitación para resolver conflictos internos es preciso verificar que la autoridad sea competente para sancionar a los infractores de conformidad con sus tradiciones ancestrales, su derecho propio y dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos, tal como establece el artículo 171 de la Constitución.

De acuerdo con el artículo 8 de la Codificación de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificada en 2004, se deriva que la autoridad indígena es aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar el órgano oficial representativo que es el Cabildo. No obstante, debido a las características propias de la justicia indígena este concepto no es suficiente ni permite evidenciar adecuadamente quien es la autoridad entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. El concepto de autoridad indígena dentro del proceso de la justicia indígena es más amplio que el referido en el artículo 8 de la citada ley. Así, a partir de los estudios especializados que forman parte del expediente constitucional se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, es la Asamblea Comunal; instancia de representación comunitaria que actúa como facilitadora del proceso y que tiene un estatus comunitario, pues sus integrantes no tienen niveles de decisión individual en razón de que actúan únicamente de forma colectiva.

Por consiguiente, a partir de los estudios especializados y de una interpretación intercultural, esta Corte encuentra que en el caso concreto, la Asamblea General Comunitaria es la autoridad competente para conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan los bienes jurídicos comunitarios de los pueblos Kichwa Panzaleo.

14 Para un estudio a profundidad de este caso se requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron los peritajes técnicos que fueron presentados a la Corte Constitucional de Ecuador, para la resolución de la presente causa.

Esta naturaleza colectiva del ente juzgador en el proceso de justicia indígena nos permite responder afirmativamente quién es la autoridad que administra la justicia indígena de forma legítima, pero también nos permite realizar el control constitucional respecto de la responsabilidad y obligación que tiene esta autoridad de asegurar que sus actuaciones se sujeten a sus normas, procedimientos y derecho propio, así como a la Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, respecto al procedimiento a seguir para la resolución de los conflictos dentro de esta comunidad, de acuerdo con el peritaje efectuado por el Presbítero Pedro Torres (a fojas 426 del expediente constitucional), de modo general, se señala que existen varios momentos a cumplirse como parte del proceso de juzgamiento de una infracción.

El primero consiste en la demanda o denuncia (*Willachina o willana*) que se realiza ya sea ante el Presidente, el Cabildo o directamente ante a la Asamblea General (dependiendo de la gravedad del asunto). Esta solicitud consiste en el requerimiento de intervención en la solución del conflicto y constituye la única vía para la realización de un proceso, pues la justicia indígena no se activa de oficio. Con la denuncia se configura un presupuesto básico en la justicia indígena: La obligación de acoger y aceptar lo que se resuelva, así como someterse y respetar las medidas que adopte la comunidad. Solo cuando esta primera fase se tiene cumplida se puede desarrollar el proceso de juzgamiento.

Una vez desencadenado el proceso, este se inicia con la convocatoria a una Asamblea General en donde se da a conocer públicamente los hechos y detalles del caso. En esta Asamblea se abre un período de averiguación o constatación de los hechos (*Tapuykuna o tapuna*), en el cual se designan comisiones o comisionados que serán los encargados de llevar adelante la investigación y el esclarecimiento de los hechos.¹⁵ En casos complejos, una vez obtenida la información se lleva a cabo el contraste de la información recibida para verificar su veracidad (*Chimbapurana o nawichina*).¹⁶

Cuando se tienen indicios claros que comprueban la acusación, se reúne nuevamente la Asamblea General para tomar conocimiento de los resultados obtenidos y abrir un período de deliberación. En esta etapa pueden participar los implicados, las víctimas, sus familiares y personas de relevancia en la comunidad, así como también se pueden presentar testimonios y pruebas que se consideren pertinentes. Además, para garantizar que la deliberación se realice sobre la base de datos ciertos y que la misma sea pública,

15 Según el perito Pedro Torres, en caso de delitos graves o flagrantes, se puede apresar a los denunciados o los sospechosos y se procede a recoger todo posible indicio y se lleva a cabo una investigación que es algo distinta a la averiguación tradicional. Implica mayor trabajo investigativo y no se permite la intervención de nadie y los comisionados tienen plena libertad para llevar a cabo toda actuación necesaria, incluso aplicación de la fuerza.

16 Al respecto ver Llásag Fernández, Raúl. “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”. En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

comunitaria y abierta, todos los argumentos, pruebas y testimonios pueden ser impugnados durante la Asamblea.

Una vez que hay suficiente claridad o certeza respecto de los hechos se procede, en forma comunitaria, a establecer las medidas de solución del conflicto, así como también aquellas destinadas a la sanación del infractor. Esta es la fase de resolución o *Kishpichirina*, en la que la Asamblea General Comunitaria (como máxima autoridad) que toma una resolución, determina las medidas reparatorias y las ejecuta. En esta fase las mujeres tienen un papel muy activo pues son ellas quienes ejecutan la resolución, incluyendo, de ser el caso, el castigo determinado por la Asamblea (*Paktachina*). Posteriormente, vendrá el aconsejador (*kunak*), quien por sí solo o con la familia del infractor lo aconseja y reprende, haciéndole comprender el valor y el sentido de lo actuado.

Finalmente, según manifiesta el autor ecuatoriano Raúl Llasag, todo problema o conflicto concluye con el perdón a los afectados. Este proceso es sumamente importante pues permite mantener la armonía y la paz en la comunidad.¹⁷ Además, de acuerdo con su práctica tradicional, una vez obtenido el perdón se procede al agradecimiento o reconciliación, en la que quienes han sido juzgados proceden a agradecer y a rehacer sus vínculos y lazos con la familia y la comunidad.

Cabe destacar también que durante todo este proceso siempre hay personas encargadas de garantizar que se siga el procedimiento adecuadamente para que surta los efectos requeridos; es decir, garantizan el cumplimiento de los usos, costumbres y tradiciones que se deben observar en cada momento. Además, para garantizar la imparcialidad del proceso, la familia de los acusados puede presenciar las averiguaciones, la comunidad vigila y presiona a los dirigentes para evitar arreglos privados y al momento de la deliberación se puede impedir que intervengan personas que puedan tener intereses en el caso o sobre quienes haya duda de su imparcialidad.

Todo el proceso de juzgamiento descrito hasta aquí en efecto se realizó en la comunidad indígena de La Cocha para el caso de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo. Es así que el mismo fue registrado por el autor Raúl Llásag Fernández, quien en una entrevista realizada al Presidente de la comunidad de La Cocha, resume el procedimiento de la siguiente forma:

“El procedimiento de nosotros, es primero, las personas quienes vienen a poner una denuncia verbal... de ahí viene la averiguación, averiguamos y luego de la averiguación es nawichina, y el último ya es el proceso de solución parte a parte Y de ahí ya lo sancionan entre ellos, si es de la misma Comuna, ellos tienen que llevar

¹⁷ Al respecto ver Llásag Fernández, Raúl. *“Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”*. En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

*la paz, en armonía, por esa es nuestra justicia indígena. En la asamblea tienen que pedir perdón y la asamblea ya les perdona y les da algunas orientaciones y con eso ya tranquilamente entienden. Casi la mayor parte de los problemas que ha existido en esta Comuna, nosotros hemos hecho así”.*¹⁸

Por consiguiente, según se evidencia en el caso La Cocha, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y de su derecho a la identidad cultural,¹⁹ la comunidad a través de sus autoridades, resolvió el conflicto interno sobre la base de su derecho propio. Derecho ancestral que cuenta con procedimientos previos establecidos en virtud de sus prácticas tradicionales. En otras palabras, es posible determinar que en la justicia indígena del pueblo Kichwa Panzaleo existe un derecho propio que tiene como fuente a la costumbre.

A este respecto cabe destacar que según la doctrina jurídica, la costumbre consiste en la observancia general, constante y uniforme de determinados comportamientos por parte de los miembros de una comunidad, con la convicción de que dicho comportamiento responde a una necesidad y a una obligación jurídica.²⁰ En el caso bajo estudio se observa que las prácticas ancestrales de juzgamiento responden a estos parámetros establecidos por la doctrina para considerar que tienen como fuente a la costumbre; y por tanto, dichas prácticas y usos constituyen normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad.

Su derecho propio, así como los procedimientos y prácticas en él establecidos, gozan de predictibilidad. Esto quiere decir que los miembros de la comunidad conocen y pueden predecir los procedimientos a seguir y las consecuencias que tendrán sus acciones en caso de ser juzgadas por sus autoridades. Esta característica es básica y fundamental en la costumbre como fuente de derecho, puesto que aquella permite garantizar la previsibilidad, la publicidad, la seguridad jurídica y la aceptación de las prácticas y procedimientos dentro la comunidad. De modo que, es en función del principio de predictibilidad, que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en ejercicio del artículo 171 de la Constitución, pues para garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos humanos, las normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos internos deben ser predecibles y aplicadas únicamente a sus conflictos internos y dentro de su territorio. Esto debido a que, por sus características y naturaleza, su derecho propio es conocido, público y predecible solo para los miembros de la comunidad. Sólo ellos conocen el derecho

¹⁸ Llásag Fernández, Raúl. *“Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”*. En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

¹⁹ La identidad cultural es un conjunto de valores, tradiciones, prácticas, creencias y modos de comportamiento que constituyen elementos que distinguen, en este caso, a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. Estos elementos generan en los miembros del grupo social un sentimiento de pertenencia y un modo de vida, por lo que su pleno ejercicio es requisito para su desarrollo y permanencia.

²⁰ Al respecto consultar: Monroy Cabra, Marco. Introducción al Derecho. Editorial Temis S.A. Duodécima Edición. Bogotá, 2001; o, Olano García, Hernán. *Qué es la Costumbre*. Monografías Jurídicas 8. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2008.

que les va a ser aplicado y por tanto solo les es aplicable a ellos, por parte de sus autoridades, en atención a la predictibilidad y la seguridad jurídica.

Según consta en el expediente, durante todo el procedimiento de juzgamiento de los involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo se siguieron y aplicaron los procedimientos propios y las costumbres tradicionales; se contó con la participación de las mujeres de la comunidad; se observaron los principios constitucionales; e, incluso, se aplicó como fuente externa de su legitimidad el artículo 171 de la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT.

Además, como se desprende de las actas de 16 de mayo de 2010 y de 23 de mayo de 2010, durante ambas sesiones de la Asamblea General estuvieron presentes todas las partes involucradas en el caso, quienes intervinieron y presentaron sus argumentos, se contó con la intervención de todos los dirigentes de las 24 comunidades y estuvieron presentes también la prensa y algunos miembros de la sociedad mestiza como observadores. Además, para dar fe de lo actuado, los representantes de las 24 comunidades firmaron el acta, en la cual dejaron constancia de lo siguiente:

“...después de casi quince días de averiguaciones, de confrontaciones, dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado [sic] y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha establecido”.

Por todo lo expuesto, a partir de una interpretación intercultural del caso, respetando la cosmovisión de la comunidad indígena, se puede concluir que durante el juzgamiento y aplicación de las sanciones, las autoridades indígenas de La Cocha, en aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución de la República, para la solución de este conflicto interno, producido dentro del ámbito territorial de su comunidad, aplicaron normas y procedimientos propios sin contrariar la Constitución ni los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos; por lo que, garantizaron el derecho a la seguridad jurídica, y como consecuencia de aquello, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

¿Las autoridades indígenas de La Cocha eran competentes para conocer el juzgamiento de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en virtud de la autonomía jurisdiccional prevista en el artículo 171 de la Constitución?

Entre los derechos colectivos reconocidos en la Constitución de la República, consta el derecho al ejercicio de la autoridad en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. Como resultado de ello, surge la autonomía jurisdiccional, como el reconocimiento que el Estado les concede por vía constitucional y legal a las autoridades de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas para que cumplan con funciones jurisdiccionales en la solución de conflictos internos y mediante la aplicación de su derecho propio, siempre que aquello no sea contrario a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

En el caso objeto del presente estudio encontramos que las autoridades indígenas de La Cocha, a partir de una interpretación directa y literal de la Constitución, procedieron a conocer y resolver la muerte violenta de Marco Antonio Olivo Pallo por considerar que se encontraba en los presupuestos constitucionales previstos en el artículo 171,²¹ estos son:

El señor Marco Antonio Olivo Pallo, era miembro del pueblo Kichwa Panzaleo,

Los señores Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, y Manuel Orlando Quishpe Ante, son miembros del pueblo Kichwa Panzaleo,

La muerte de la víctima ocurrió en territorio de la comunidad indígena; y,

Se trataba de un conflicto interno de la comunidad.

Juzgamiento que además contó con la aprobación y consentimiento tanto de los familiares de la víctima como de los imputados y sus familiares.

Como ya se ha dicho, las autoridades indígenas tomaron conocimiento de la causa por

21 **Art. 426 de la Constitución.**- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

pedido de los familiares de Marco Antonio Olivo Pallo, pero también los imputados se sometieron de forma voluntaria. Es así que en el expediente constitucional, en varios documentos, se evidencia la voluntad de ambas partes de someterse a la justicia indígena, así como también su conformidad y satisfacción con la decisión adoptada. El accionante, en su demanda manifiesta:

“(...) de manera voluntaria solicitamos la oportuna intervención y actuación de las autoridades indígenas de la Cocha junto con las autoridades de la Comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, quienes, en estricto apego al Art. 171 de la Constitución de la República; Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y los Art. 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, ejerciendo las funciones jurisdiccionales solucionaron el caso, en dicha resolución estamos de acuerdo, y para nosotros los familiares del occiso este tema es cosa juzgada y no queremos acudir en un proceso de doble juzgamiento en la justicia ordinaria y nos negamos a poner una acusación particular de este hecho, porque nuestra jurisdicción es indígena”.

Por consiguiente, en atención a lo descrito es evidente que las autoridades indígenas, al momento de conocer la causa, haciendo una interpretación directa y literal del mandato constitucional y legal, actuaron como autoridades competentes y legítimas de su comunidad y juzgaron el caso.

Con el fin de tener una mejor comprensión respecto de las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades de la comunidad y principalmente de las decisiones adoptadas, es necesario que esta Corte Constitucional realice algunas precisiones de carácter intercultural respecto del bien jurídico que las autoridades de la comunidad de La Cocha del Pueblo Kichwa Panzaleo, quisieron proteger al momento de resolver el caso.

De acuerdo con el peritaje sociológico efectuado por el Pbro. Pedro Torres el objeto o interés principal de la justicia indígena es la protección de la comunidad o el buen vivir de la comunidad (*ayllukuna allí kausay*).

“(...) lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllukuna allí kausay, el bien vivir entre familias y el estar ‘integrado’ a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea... AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA por eso suelen decir: ‘tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie’ y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esa manera”.

Las conductas impropias o inadecuadas que son denunciadas rompen el orden establecido, por lo que la vida en la comunidad se ve amenazada y es ahí cuando se requiere la participación de las autoridades indígenas en la resolución del conflicto. Así, la intervención de la justicia indígena tiene como fin solucionar el problema y de ser necesario

reprender a quien ha obrado mal para evitar que se repita y garantizar con ello la convivencia armoniosa, pacífica y amistosa en la comunidad.²²

En lo que respecta a la vida, esta se protege también en el mismo sentido. La vida del individuo vale en tanto aporta y vive en comunidad. Para el pueblo Kichwa Panzaleo la vida tiene valor en cuanto a una vida en comunidad; ellos no conciben un derecho subjetivo a la vida ni se ven a sí mismos como un ente o una persona individualizada sino como parte de un todo. De modo que como dice el Pbro. Pedro Torres, en el peritaje sociológico realizado por pedido de la Corte Constitucional:

“(...) Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es de comunidad y lo que se busca es proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean (...)”.

Por consiguiente, en los casos de muerte provocada, al igual que en el resto de casos, lo que se busca es la solución del problema social y de la problemática familiar, ya que en estos casos la familia y la comunidad se ven fuertemente afectadas. De modo que la justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria; no tiene como fin juzgar el delito como tal, ni irse en contra de la persona que ha cometido una infracción; lo que busca es la solución del problema y la restauración del equilibrio en la comunidad para evitar que esta estructura se vea amenazada, por lo que las “sanciones” que se aplican al infractor forman parte de eso, de la reparación.

En este caso, en el acta de 23 de mayo de 2010, se deja plena constancia de este hecho cuando señala que:

“se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha establecido”.

De modo que, según se observa, la Asamblea General Comunitaria resolvió únicamente la afectación que tuvieron los hechos y las actuaciones de los involucrados para la comunidad. Por lo que, esto demuestra que en la justicia indígena del pueblo Kichwa Panzaleo, sus autoridades juzgan los atentados contra la vida desde su dimensión objetiva, buscando solucionar el conflicto generado en la familia y en la comunidad como resultado de la muerte provocada, garantizando con ello la convivencia en armonía de la comunidad.

Ahora bien, frente a la descripción de este importante elemento de la justicia indígena, es preciso mencionar que esta característica del derecho propio del pueblo Kichwa

22 Pese a que en muchos casos (robos, linderos, herencias) suelen estar involucrados bienes de índole particular la justicia indígena no los protege en cuanto a tales sino que los protege únicamente porque constituyen bienes que forman parte de la comunidad y de los cuales depende su convivencia pacífica.

Panzaleo debe ser interpretada a la luz de la Constitución y los convenios internacionales, tomando en consideración que las comunidades pueblos y nacionalidades gozan también del derecho a la identidad cultural. Este derecho de los pueblos indígenas ha sido reconocido en varias ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que su ejercicio constituye un componente básico para su autodeterminación y supervivencia. La práctica de sus costumbres ancestrales, sus tradiciones y valores, así como la aplicación de su derecho propio, constituyen elementos de su derecho a la identidad cultural que deben ser considerados y respetados al aplicar la normativa interna vigente en cada Estado.²³

En el Estado constitucional de derechos y justicia la vida es un valor supremo y constituye el eje primordial y la razón de ser de la sociedad. Así, uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado, dentro del orden constitucional moderno, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República. En tal sentido, en el derecho común, el derecho a la vida es protegido por el solo hecho de su existencia, pero también por su valor supremo como eje y centro de la convivencia de la sociedad.

Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y los tratados internacionales, es la base para la existencia y ejercicio de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos; por lo que, constituye la máxima obligación del Estado perseguir, juzgar y sancionar todo acto que atente contra la inviolabilidad de la vida. No solo en cuanto a derecho objetivo sino también en cuanto a derecho subjetivo inherente a cada persona. En definitiva, a todos los operadores jurídicos, de manera prioritaria, les corresponde proteger y garantizar el derecho a la vida en todas sus dimensiones. Especialmente, porque cualquier vulneración a este derecho genera una afectación de graves repercusiones para la armonía no solo de la comunidad inmediatamente afectada sino también para toda la sociedad en general.

De modo que, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, estas en cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos están obligadas a proteger la inviolabilidad de la vida. Por lo que, sin que exista interferencia arbitraria ni disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la justicia ordinaria y la justicia indígena en garantía del derecho a la vida de las personas deben intervenir y actuar de modo coordinado y conjunto, investigando, juzgando y sancionando todo delito que lo ponga en riesgo.

En este sentido, se debe tomar en consideración que la justicia indígena únicamente se activa a través del ruego o solicitud que hacen las partes involucradas a las autoridades de la comunidad para que asuman el conocimiento y resolución de un caso. Esta condición esencial de la justicia indígena implica que su intervención no es siempre obligatoria; las

23 Al respecto ver sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos: *Yayke Axa vs. Paraguay*; *Xakmok Kasek vs. Paraguay*; y, *Saramaka vs. Surinam*.

autoridades indígenas no actúan de oficio ante cualquier infracción; al contrario, operan únicamente cuando las partes lo solicitan o cuando se trata de un delito flagrante que acarrea consecuencias para la comunidad que alteren su armonía y equilibrio. De modo que el agraviado o la víctima tienen la facultad de decidir si efectúa la denuncia (*willachina*) o no. Por consiguiente, ante estas circunstancias existe la posibilidad de que el agraviado no denuncie el hecho y que la justicia indígena no juzgue la infracción.

Frente a este elemento estructural de la justicia indígena, se debe considerar que de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los tratados internacionales de derechos humanos, todos los delitos contra la vida, por su importancia y por los efectos que estos generan para la sociedad, pueden ser conocidos por las autoridades judiciales ordinarias aun cuando las partes no presenten una denuncia. Es decir, a diferencia de lo establecido en la justicia indígena, la justicia ordinaria tiene la obligación de perseguir, conocer, investigar y sancionar cualquier atentado contra la vida, incluso de oficio.

Es así que el artículo 3 del texto constitucional establece que es un deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; por lo que en concordancia con aquello, debe entenderse que cuando el artículo 66 numeral 1 de la Carta Fundamental dispone que se reconocerá y garantizará a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida, le corresponde al Estado, sea a través de la justicia ordinaria o de la justicia especial indígena, velar por ese derecho y garantizar que ante una vulneración del mismo se lo juzgue y se lo sancione.

Como ya se ha dicho, en los pueblos indígenas puede darse el caso que frente a un atentado contra la vida de una persona no opere el ruego o el requerimiento y en consecuencia la justicia indígena no actúe, por lo que el delito puede quedar en la impunidad. Frente a aquello, sin afectar la autonomía organizativa de los pueblos ancestrales, le corresponderá al Estado, a través de la justicia ordinaria, en cumplimiento de la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, sea petición de parte o de oficio, actuar con el fin de investigar, enjuiciar y sancionar los delitos contra la vida. De esta manera el Estado estará cumpliendo con su primordial deber y obligación constitucional, como garante de los derechos de las personas y de la seguridad del Estado.

En respeto de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos los atentados contra la vida no pueden ser juzgados únicamente cuando la justicia se activa a petición de parte, pues para garantizar la paz social, la armonía en la comunidad y defender la inviolabilidad de la vida, cualquier atentado contra la vida, como ya se ha dicho, debe ser perseguido, conocido, investigado, juzgado y sancionado conforme a derecho. De modo que el Estado no puede permanecer impávido o impasible ante la comisión de un atentado contra la vida y permitir que este quede en la impunidad. En caso de no existir el ruego de parte (denuncia) en la justicia indígena; en el caso de que las autoridades indígenas declinen su conocimiento; o, en el caso de que el agraviado o su familia acudan directamente a la jurisdicción común, le corresponderá al Estado, a través de la justicia ordinaria, investigar, conocer, juzgar y sancionar estos delitos.

En el caso bajo análisis, conforme se evidencia en los peritajes antropológicos efectuados por los expertos, el pueblo Panzaleo de la nacionalidad Kichwa de Cotopaxi si juzga atentados contra la vida, es más, específicamente en la comunidad de La Cocha, por los antecedentes que han sido documentados y referidos por especialistas en la materia,²⁴ ya se ha juzgado con anterioridad otros conflictos internos de la misma naturaleza, esto es derivados de atentados contra la vida. Por lo tanto, en el caso concreto, al momento de ocurridos los hechos, no ha existido riesgo de impunidad ya que la comunidad indígena de La Cocha, a través de sus autoridades y respetando el debido proceso consagrado dentro de su derecho propio, se conoció, investigó, juzgó y sancionó oportunamente la muerte ocurrida dentro de su territorio, actividad jurisdiccional que se cumplió a partir del ruego de parte efectuado por los familiares de la víctima, Marco Antonio Olivo Pallo.

Por consiguiente, pese a los evidentes vacíos legales existentes respecto a los ámbitos competenciales y jurisdiccionales entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, así como ante la falta de mecanismos de coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurisdiccionales, esta Corte Constitucional concluye que las autoridades indígenas, en el caso concreto, ejercieron su competencia jurisdiccional, conociendo, investigando, juzgando y sancionando los hechos relacionados con la muerte de la víctima; ejercicio que se cumplió tomando en consideración el principio de aplicación directa de las normas constitucionales consagrado en el artículo 426 de la Constitución y lo dispuesto en el artículo 171 de la Carta Fundamental y el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por los antecedentes expuestos, para la solución de este caso concreto, la Corte Constitucional estima necesario adoptar medidas de reparación integral frente a las intervenciones posteriores de la justicia ordinaria, a fin de garantizar la firmeza de las decisiones adoptadas en la justicia indígena, así como los derechos constitucionales de las autoridades indígenas que conocieron y juzgaron la causa y de quienes fueron encausados en el cometimiento del delito. Así, para garantizar el principio de *non bis in idem*, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República y en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial,²⁵ que previene el doble juzgamiento, y proteger los derechos de todos los involucrados en la causa, esta Corte deja sin efecto y valor jurídico todas las actuaciones y providencias dictadas en justicia ordinaria a partir del inicio de las instrucciones fiscales, para lo cual les corresponde a las autoridades jurisdiccionales que avocaron conocimiento de esta causa en la justicia ordinaria archivar los expedientes. De esta manera, en cumplimiento al segundo inciso del artículo 171 de la Constitución, todas las instituciones y autoridades públicas deberán respetar las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, en el caso de la muerte violenta del señor Marco Antonio Olivo Pallo.

24 Al respecto ver Llásag Fernández, Raúl. "Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha". En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

25 Principio que también consta en el artículo 5 numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal, el cual entrará en vigencia a partir del mes de agosto de 2014.

¿En el presente caso se ha vulnerado el derecho a la no re victimización del accionante y su familia, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República?

De acuerdo con el artículo 78 del texto constitucional las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial y se les garantizará su no re victimización, particularmente en lo referido a la obtención y valoración de pruebas. También dicha norma señala que deberá protegérseles de cualquier amenaza u otras formas de intimidación.

Al tenor de este artículo se debe entender que la no re victimización tiene como fin no alargar ni fomentar el sufrimiento de las víctimas de un delito (incluyendo sus familiares), para así permitirles superar el daño sufrido. Para ello, las víctimas requieren la efectiva reparación integral y la protección activa por parte del Estado para evitar amenazas o intimidaciones que impidan el normal desarrollo de su vida y por ende el ejercicio de otros derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por consiguiente, este derecho constituye a su vez un deber inexcusable para el Estado pues es este el encargado de brindar a las víctimas toda la protección especial necesaria para evitar su re victimización.

Uno de los conceptos de víctima más adecuado es el contenido en la Declaración de Naciones Unidas de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Así según este instrumento:

"1. Se entenderá por víctimas, tal como se han definido en el presente documento, las personas naturales o jurídicas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal nacional o internacional o que de otra manera constituyan una violación grave de normas internacionalmente reconocidas relacionadas con los derechos humanos, la conducta de las empresas o abusos ilícitos de poder

2. Podrá considerarse víctima a una persona con arreglo a la Declaración independientemente de que el perpetrador del acto victimizante sea una persona natural o jurídica, incluido/ un funcionario o agente del Estado, o una colectividad, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a familiares o los dependientes inmediatos de la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

De modo que la re victimización consiste en los sufrimientos inferidos a las víctimas y a los sujetos pasivos de un delito por parte de los operadores jurídicos, instituciones del

Estado u otros entes que tomen parte directa o indirectamente durante el desarrollo de un proceso judicial hasta su resolución y sanción.

Respecto a la re victimización debemos tener claro que existen dos fases bien identificadas en las cuales la víctima de un delito sufre las consecuencias del mismo: La primera se da precisamente cuando es sometida por el victimario a padecer la comisión de un delito en su contra, sea directa o indirectamente; y, la segunda se da a partir del momento que la víctima pone en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo. Esta segunda fase ocurre cuando las víctimas sufren las consecuencias tanto de la demora de la justicia, así como, de la mediatisación y la constante exposición a los hechos. Estas situaciones generan estados psicológicos que deben ser adecuadamente tratados y que el Estado y sus instituciones deben trabajar por minimizar.²⁶

En el caso objeto del presente análisis, esta Corte encuentra que la familia de la víctima no ha recibido esta protección por parte del Estado y de los operadores jurídicos puesto que a partir de la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo sus familiares han estado expuestos constantemente a una serie de situaciones que les han causado mayor sufrimiento, exposición e incluso sentimientos de intimidación.

Las particulares circunstancias que han rodeado este caso han provocado que el mismo siga abierto y que las víctimas se hayan visto re victimizadas por los distintos operadores jurídicos y los medios de comunicación. Como señala el accionante en su demanda, al no haberse adoptado medidas para que se cumpla la decisión de las autoridades indígenas y al haberse sometido el caso también a conocimiento de la justicia ordinaria, este permanece abierto y no se ha podido cumplir con la reparación integral que forma parte del derecho a la no re victimización de la familia Olivo Pallo.

Por una parte, esta Corte encuentra que debido a la amplia difusión pública de este caso, la familia de Marco Antonio Olivo Pallo ha tenido que observar una y otra vez reportajes, comentarios y diversas versiones sobre la muerte de su familiar. Asimismo, los reportajes de algunos medios de comunicación social han provocado diversas reacciones en la sociedad que les ha ocasionado sentimientos de miedo, amenaza e intimidación. Así también, a partir debate en torno a este caso, la familia, la comunidad y las autoridades indígenas han tenido que soportar las críticas y cuestionamientos a las sanciones impuestas, y a la inferiorización que se ha dado respecto de la justicia indígena y su derecho propio.

Conforme ha dispuesto el artículo 18 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a *“Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada,*

26 Este estado postraumático de la víctima es lo que se puede definir como la dimensión psicológica de la victimización; y sobre este terreno ha de actuar, tanto en la primera victimización como la segunda, la ayuda de un profesional para rebajar el nerviosismo, ansiedad, angustia y depresión y demás consecuencias que se presenten. Tomando en consideración que las mismas varían según el sexo, edad, condición social o estado civil de la víctima.

oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”. Esto quiere decir que la información que se difunda o se produzca en torno a un hecho, debe cumplir con ciertos requisitos que garanticen la veracidad de la información y que eviten su descontextualización o la tergiversación de la realidad.

En el presente caso, a fojas 73 vuelta del expediente, el accionante manifiesta:

“incluso la honra y dignidad de mi familia se ha visto amenazada por la excesiva publicidad que se ha dado a este caso, la misma que no ha respetado la memoria de mi hermano marco olivo y tampoco el sufrimiento de mi querida madre, quien ha sido visibilizada en medios de comunicación social sin importar su terrible sufrimiento (...) las autoridades indígenas debían prohibir la publicidad de las imágenes de la aplicación de la justicia indígena, ya que nos han presentado ante la opinión pública como salvajes y bárbaros; y consecuentemente, ha puesto en una situación de incertidumbre la plena vigencia y aplicación del artículo 171 de la Constitución sobre la jurisdicción indígena”.

Al respecto, es necesario reconocer la importancia que los medios de comunicación tienen en el imaginario social, en consecuencia la información que divultan a la ciudadanía puede contribuir a valorar o desvalorar una actuación, por lo que siempre deben observar los elementos establecidos en el artículo 16 y siguientes de la Constitución de la República.

Al haber sido el caso de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo un tema de alta complejidad y de gran sensibilidad, los medios de comunicación, al difundir lo sucedido, debieron garantizar que su información esté debidamente contextualizada, esto es debió ser valorada en función del principio de interculturalidad, puesto que al emitir imágenes y criterios respecto de hechos tan sensibles sin presentar cuál es el contexto en el que se aplicaron las sanciones o los castigos corporales (cumplidos en virtud del derecho propio de la comunidad indígena), ha dado lugar a que se mal entiendan las costumbres de los pueblos ancestrales y se distorsione la justicia indígena, provocando de esta manera su infravaloración.

En casos de justicia indígena como este, es necesario que toda la información difundida se enmarque dentro del pluralismo y la interculturalidad que caracteriza a nuestro país y que define a nuestro Estado, para lo cual los medios de comunicación deben contar en sus equipos con analistas y reporteros que tengan conocimiento de la realidad social, organizativa y cultural indígena; de lo contrario, siempre existe el riesgo que la información difundida solo sea sensacionalista y no cumpla con el objetivo que la información debe cumplir para estos casos, este es el valorar adecuadamente las costumbres y cosmovisión de los pueblos indígenas y acercar su cultura a la sociedad blanco mestiza. Riesgo que lamentablemente se evidencia cuando la información referida a las sanciones de justicia indígena se las hace aparecer como “linchamientos” o “ajusticiamientos”.

A este respecto la Corte Constitucional estima necesario explicar que para la comunidad indígena de La Cocha, las sanciones corporales no constituyen una tortura o

un acto cruel o degradante sino que las mismas tienen como única finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados.²⁷ En su contexto, este tipo de “sanciones” constituye la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Además, al ser aplicadas públicamente cumplen una labor exemplificadora y preventiva que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer ese tipo de faltas en un futuro; así como también evitar la reincidencia del infractor.

Al respecto, Esther Botero Sánchez, en su peritaje entregado a la Corte Constitucional señala que:

“(...) las sanciones que la asamblea o las autoridades indígenas imponen a sus pobladores buscan sanar al individuo, que retome a una forma de vida apropiada y fortalezca el espíritu individual, familiar y colectivo que fue debilitado por su actitudes de conductas (...)”

Así mismo, Pedro Torres, en su peritaje, sostiene que:

“(...) frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos (...)”

“Por eso, lo que aparentemente aparece como una ‘pena’ o un ‘castigo’ es simplemente una sanción o reprimenda, amonestación, advertencia o llamado de atención para que se mantenga el AYLLU KUNA ALLI KAUSAY y se pueda llegar al sumak kausay o el buen vivir que está garantizado en la Constitución Política. Es por eso que en muchos casos al querer equiparar el ‘aconsejamiento’ o la sanción y advertencias a aquellos que se llaman ‘penas’ o ‘castigos’ en el Derecho positivo, se descontextualiza y se interpreta como algo contrario a los derechos humanos o atentatorio de la integridad física de las personas”²⁸

Por tanto, a la luz de una interpretación intercultural, este tipo de sanciones no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la degradación de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significado simbólico que tienen por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma; así como también buscan restaurar el equilibrio y la armonía con la naturaleza y sus valores.

En tal sentido, en el caso objeto de análisis, las sanciones corporales impuestas a los involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, forman parte de su derecho propio y de su identidad cultural y autodeterminación, por lo que deben ser interpretadas bajo la

27 Sánchez, Esther. Peritaje antropológico presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 30 y 31.

28 Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 24.

atenta mirada de la Constitución, los Convenios Internacionales de derechos humanos, así como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Por lo expuesto, dentro de una lectura intercultural de los hechos, se colige que las sanciones impuestas por las autoridades indígenas, no pusieron en riesgo la vida de los imputados en el delito, ni vulneraron sus derechos humanos. En consecuencia, la Corte Constitucional determina que la emisión de imágenes, reportajes periodísticos y opiniones en las que se tergiversa el real significado de estas prácticas sancionatorias de la justicia indígena, calificándolas como actos “linchamiento” y “trato inhumano”, genera vulneración al derecho constitucional ciudadano a contar con una información veraz, plural y contextualizada, y a su vez, en el caso de la familia Olivo Pallo los re victimiza.

Por otra parte, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en su calidad de accionante dentro de su demanda, constante a fojas 73 y vuelta, señala que:

“El razonamiento válido para impugnar las dos decisiones emitidas por la comunidad de ‘La Cocha’ se centraliza en la fase de ejecución de la decisión emitida por cuanto el sometimiento voluntario de toda la familia Olivo Pallo fue en virtud de que las decisiones debían respetarse y cumplirse a cabalidad conforme se acordó inclusive con los asesinos de mi hermano y sus familiares. Por lo tanto son las autoridades demandadas quienes debían prever con sus organizaciones y a través de su potestad conferida por la constitución de la República del Ecuador y demás instrumentos internacionales de carácter específico, la seguridad de que se efectivicen todos los puntos acordados. Sin embargo se inician otros proceso judiciales y nos revictimizan y nos obligan a comparecer a indagaciones inclusive por la fuerza; cuando al parecer todo estaba firme y se trataba de una cosa juzgada. (...) Inclusive en la actualidad mi progenitora sufrió un ataque alevoso por parte del abogado de los asesinos de mi hermano de apellido Quishpe, quien sin que mediara motivo le agredió físicamente en la comunidad”.

Con relación a lo expresado por el accionante, esta Corte Constitucional reitera que las autoridades indígenas de La Cocha, atendiendo el ruego de los familiares de la víctima y con la aceptación de los imputados del cometimiento del atentado contra la vida, en razón de haber sido un conflicto interno ocasionado entre miembros de la comunidad indígena, dentro de su territorio, y en aplicación del artículo 171 de la Constitución de la República y la facultad prevista en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, administraron justicia indígena basados en su derecho propio (situación que es acreditada en los peritajes realizados por los expertos Esther Sánchez Botero y Pedro Torres). En consecuencia, lo que cabe a fin de prevenir la re victimización del accionante y su familia es que las autoridades de justicia ordinaria y los demás operadores de esta justicia, vinculados con este caso, observen y cumplan con lo previsto en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución de la República, esto es que las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena La Cocha sean respetadas.

Por lo explicado, es criterio de esta Corte que, a fin de garantizar el derecho a la no revictimización de la familia Olivo Pallo, así como el derecho al debido proceso en la garantía de no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, se deben dar por terminados y archivar todos los procesos judiciales abiertos en justicia ordinaria en contra de los de los imputados y de las autoridades indígenas vinculadas con el caso de la muerte del ciudadano Marco Antonio Olivo Pallo.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:

Sentencia

Declarar que no ha habido vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica en las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010 por la Asamblea General Comunitaria de La Cocha.

Declarar que las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha, en el caso concreto, actuaron en aplicación directa del artículo 171 de la Constitución de la República, así como del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Declarar la vulneración del derecho constitucional de no re victimización (Art. 78 de la Constitución) del señor Víctor Manuel Olivo Pallo y su familia.

Como medidas de reparación integral se dispone lo siguiente:

Las autoridades judiciales ordinarias en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución deberán respetar las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, quienes conocieron investigaron, juzgaron y sancionaron la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en aplicación del derecho propio, por lo que les corresponde archivar los procesos correspondientes a fin de evitar un doble juzgamiento.

Los medios de comunicación social públicos, privados o comunitarios, al emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena deberán evitar toda desnaturalización o estigmatización del significado del proceso de justicia indígena y estarán en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad de la información.

Poner en conocimiento del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación el contenido de esta sentencia a fin de que, en el marco de sus

competencias, la difunda entre los medios de comunicación a nivel nacional; y, con el apoyo de universidades y centros educativos que cuenten con conocimientos de justicia indígena, generen espacios de capacitación para periodistas y medios de comunicación, respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la justicia indígena existente en el Ecuador.

Poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura la presente sentencia, a fin de que en el marco de sus competencias y atribuciones, realice una debida, oportuna y generalizada difusión de esta sentencia en las instancias pertinentes de la función judicial; así como también, lleve a cabo talleres de capacitación a fiscales y jueces a nivel nacional respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la justicia indígena existente en el Ecuador.

Poner en conocimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo, para que conjuntamente difundan esta sentencia a nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.

Notificar la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutiva de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.

Traducir íntegramente esta sentencia al idioma quichua para que sea divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi.

Publicar el contenido íntegro de esta sentencia en una gaceta exclusiva en español y quichua; y, publicar la parte resolutiva de la sentencia, en español y quichua, en un diario de amplia circulación nacional.

Transmitir la presente sentencia de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado, en cumplimiento del artículo 66 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Fabián Marcelo Jaramillo Villa
JUEZ CONSTITUCIONAL

MJV/KAQ

Anexo 3

Quito, D. M., 06 de agosto del 2014

SENTENCIA N° 004-14-SCN-CC

CASO N° 0072-14-CN

Registro Oficial Suplemento 315 de 20 de Agosto del 2014

Corte Constitucional del Ecuador

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La presente consulta de norma, con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República, ha sido propuesta mediante providencia dictada el 14 de abril de 2014, ante la Corte Constitucional, por el doctor Álvaro Guerrero, juez segundo de garantías penales de Orellana. La providencia en la que se resuelve realizar la consulta se dictó dentro del proceso penal N.º 223-2013, con el objeto de que en aplicación a la disposición contenida en el artículo 428 de la Constitución, así como el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se resuelva sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley s/n Registro Oficial 578-S del 27 de abril de 2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal, en el que se encuentra prevista la sanción por la comisión del delito de genocidio.

Por medio del oficio N.º 223-2013, recibido el 16 de abril de 2014, el juez segundo de garantías penales de Francisco de Orellana da a conocer a esta Corte la consulta realizada.

La Secretaría General, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 127, del 10 de febrero de 2010, certificó que en referencia a la acción N.º 0072-14-CN, no se ha presentado otra consulta con identidad de objeto y acción.

El 6 de noviembre de 2012 fueron posesionados los jueces de la primera Corte Constitucional. Mediante auto del 02 de mayo de 2014 a las 09:30, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la consulta de norma N.º 0072-14-CN.

De conformidad con el sorteo realizado por el Pleno del Organismo, en sesión ordinaria del 15 de mayo de 2014, mediante memorando N.º 234-CCE-SG-2014, el secretario general de la Corte Constitucional remitió el presente caso al doctor Manuel Viteri Olvera, como juez constitucional sustanciador.

El juez constitucional sustanciador, mediante auto del 04 de junio de 2014 a las 08:37, avocó conocimiento de la presente causa, convocándose a audiencia pública el 10 de junio de 2014, a las 15:00.

Mediante memorando N.º 151-2014-CC-DMVO del 23 de junio de 2014, el juez sustanciador requirió un insumo jurídico a la Secretaría Técnica Jurisdiccional, dependencia que mediante oficio N.º 0322-STJ-CCE-2014 del 11 de julio de 2014 atendió la solicitud. El 16 de julio del 2014 el juez constitucional remitió el proyecto de sentencia a la Secretaría General para conocimiento del Pleno, con lo cual, la sustanciación de la presente causa ha sido desarrollada dentro de los plazos y términos previstos en la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional¹.

Norma cuya constitucionalidad se consulta

La norma cuya constitucionalidad se consulta es la contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, la misma que prevé:

Art. ...- Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:

1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

¹ **Art. 8.- Plazos y Términos.**- Los plazos y términos a los que se refiere la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se aplicarán a la fase de impulsión judicial que se inicia a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte. No se computarán dentro del cálculo de plazos y términos el tiempo durante el cual el expediente no se encuentre al despacho del juez, de las salas de admisión, selección y revisión o del Pleno de la Corte Constitucional para su conocimiento. Los plazos y/o términos deberán comenzar a contarse a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la providencia o auto de avocó de la causa por parte del juez o de las distintas Salas, y desde que el expediente haya sido incluido para conocimiento del Pleno del Organismo en el Orden del Día. Cuando se trate el asunto dentro del orden del día por el Pleno de la Corte Constitucional se entenderá la impulsión desde que se encuentra al despacho del Pleno. Cuando el Pleno de la Corte Constitucional, las salas de admisión, selección, revisión, y las juezas o jueces constitucionales soliciten apoyo técnico jurisdiccional, ordenen la práctica de diligencias y/o soliciten estudios especializados se suspenderá el cómputo de los plazos o términos...”.

Descripción de los hechos relevantes en la tramitación de la causa

En la presente causa el juez consultante manifiesta que en audiencia de formulación de cargos llevada a efecto el 27 de noviembre de 2013, se inició una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio, por los hechos expuestos por el señor fiscal, en donde se manifiesta que a partir del 05 de marzo del 2013, luego de la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga sucedido en la Comunidad de Yarentaro presuntamente por un grupo denominado Taromenane o pueblos indígenas en aislamiento, un grupo de miembros de la nacionalidad Waorani organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros, localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de darles muerte; señala que esta incursión se la habría realizado con la utilización de armas de fuego y lanzas tradicionales; luego del ataque sustrayendo o extrayendo a dos niñas de aproximadamente 03 y 06 años cada una, arrancándolas de su familia natural e internándolas o asimilándolas a las Comunidades de Dikaro y Yarentaro. Señala que una vez que realizaron la incursión procedieron a dar muerte a varios miembros de las familias en aislamiento para posteriormente retornar a las Comunidades de Dikaro y Yarentaro. De las investigaciones realizadas por la Fiscalía se desprende que tal búsqueda y localización de las familias en aislamiento tardó aproximadamente siete días a partir del momento en que decidió ingresar a la selva el grupo de miembros de la nacionalidad Waorani. Aproximadamente asciende al número de diecisiete atacantes. La Fiscalía señala que “... se establecen los preuestos de la comisión del delito tipificado en el artículo 440.4 es decir el delito de genocidio. Dicha instrucción fiscal se inició en contra de TOCARI COBA QUIMONTARI ORENGO; BOYA GUINENEGUA OMEWAY TECA; OMEWAY DABE KAGUIME FERNANDO; OMEWAY DABE TEWANE BEHENE; CAIGA BAIHUA TAGUE; VENANCIO YETI ORENGO; TANI PAA VELONE EMOU; AWA BOYA ITECA; ARABA CUMENCAGUI OMEWAI; MINICO MIHIGO INIHUA; PANTOBE CUE BUYUTAI; QUIHUIÑAMO MENA BUCA; TOCARI ITECA COHUE; BAIHUA CAIGA WILSON ENRIQUE; NAMPAHUE COBA CAHUIYA RICARDO. Posteriormente con fecha 24 de febrero de 2014, el señor Fiscal vincula a la instrucción fiscal a TEMENTA BEBANGO HUANE; y, con fecha 25 de marzo del 2014, vincula al señor TEMENTA BATINGARE QUEMO. Cabe mencionar que la instrucción fiscal seguida en contra de los antes nombrados se ha iniciado con la medida cautelar de prisión preventiva...”. Manifiesta que los antes mencionados procesados, de acuerdo al contenido de la instrucción fiscal, pertenecen a la nacionalidad indígena Waorani, como pueblos en reciente contacto.

Manifiesta que el señor fiscal, en audiencia pública, basado en el artículo 428 de la Constitución, ha solicitado que se eleve a consulta el expediente por existir normas jurídicas cuya aplicación resultan contrarias a la Constitución, señalando el juzgador que “existen motivos suficientes para generar una duda razonable y motivada respecto de la constitucionalidad de la aplicación en el presente caso, de la norma contenida en el artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal, en el cual se encuentra prevista la sanción por la comisión del delito de genocidio”.

Señala que dicha duda razonada y motivada se expresa conforme los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: Enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta.- Se solicita que esta Corte Constitucional realice el control de constitucionalidad “del artículo 1 de la Ley s/n publicada en el R.O. 578-S, 27-IV-2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal”. Principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos y las razones por las cuales se infringirían.- El consultante identifica los principios o reglas constitucionales que se presume se infringen, partiendo del análisis y justificación del bloque de constitucionalidad; así, expone: “De acuerdo con los artículos 11, numeral 3; 424; y, 426 de la Constitución de la República, forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto deben ser parámetro de control de normas inferiores y su aplicación , las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos”. Siendo así y en virtud del artículo 428 de la Constitución de la República, el compareciente especifica como principios y reglas vulnerados: “Convenio 169 de la OIT; Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.- Art. 8 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; Art. 9 Numeral 2.- Las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Art. 10 Numeral 1.- Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta su características económicas, sociales y culturales”. En lo que se refiere a las razones que expone el juez para argumentar la consulta presentada, se orientan, en lo principal, a observar que el artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal está dirigido a personas que cometan el delito de genocidio, pero que pertenezcan a un entorno cultural y económico “occidental”. Sin embargo, en el caso concreto se debe considerar que los involucrados en el caso N.º 0223-2013 forman parte de la nacionalidad indígena Waorani; por tanto, para aplicar la norma del artículo ya referido del Código Penal, el operador de justicia penal se ve en la obligación de recoger, en el ejercicio hermenéutico jurídico, la cosmovisión de esta nacionalidad indígena; de lo contrario, se afectaría el principio de igualdad y no discriminación, contenido en los artículos 11 numeral 2, y 66 numeral 4 de la Constitución de la República, así como el derecho colectivo que reciben estos grupos de personas conforme se desprende del artículo 57 numeral 2 ibidem. Adicionalmente, el juez consultante manifiesta que la aplicación del artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal, implicaría la privación de la libertad a una persona que pertenece a un pueblo o nacionalidad indígena como es el Waorani durante 16 o 25 años, sin considerar su propia cosmovisión, lo cual resulta en la exclusión de este individuo de su territorio, comunidad y cultura, afectando así su integridad por el daño psicológico y físico que representa para un integrante de este tipo de colectivos la privación de la libertad, entendida bajo una cosmovisión “occidental”. Relevancia de la disposición normativa consultada y su relación con el caso concreto.- El juez consultante afirma que dado que el delito objeto de la instrucción fiscal efectuada dentro del caso N.º 0223-2013 corresponde a un tema relacionado con un supuesto genocidio, se debería aplicar el artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal; mas, por encontrarse imputados integrantes de un grupo étnico como es el “Waorani”, y considerando que el fiscal vinculado con la ya referida instrucción fiscal debe garantizar el

derecho al debido proceso, en particular el derecho a la defensa, acorde al artículo 77 de la Constitución, para continuar con el proceso en el caso concreto debe esgrimir razones que justifiquen su decisión, las cuales deben ampararse en los principios y reglas constitucionales, siendo indispensable que se absuelva la presente consulta sobre la constitucionalidad de la norma legal mencionada.

Petición de consulta de norma

El señor juez, en virtud de lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República, en su resolución dictada el 14 de abril de 2014, consulta a la Corte Constitucional lo siguiente:

“... En conclusión, tanto desde el punto de vista del momento procesal, como de la aplicación sustantiva de disposición, esta es relevante en el caso bajo análisis. Con estos antecedentes el suscrito Juez amparado en lo que establece el artículo 428 de la Constitución de la República, resuelve elevar a consulta a la Corte Constitucional del Ecuador, el presente expediente a fin de que dicho organismo Constitucional resuelva conforme a derecho. Para el efecto remítase a la brevedad posible el expediente del proceso penal a la referida Corte...”. (sic)

Audiencia pública

El 16 de junio del 2014, por disposición del juez constitucional ponente se llevó a cabo la audiencia pública en el caso N.º 0072-14-CN, en la que intervinieron, por parte de la Fiscalía General del Estado: Galo Chiriboga, fiscal general del Estado, y Andrés Cuasapás, fiscal a cargo del caso; por parte de la Procuraduría General del Estado: Magaly Ruiz; por parte de la Defensoría Pública: Dr. Ernesto Pazmiño, defensor público, y Luis Ávila; finalmente el abogado defensor de los investigados Jorge Acaro.

La Fiscalía General del Estado manifestó: “(...) aquí estamos frente a un delito contra la vida y por lo tanto en opinión de la Fiscalía, esa no es la discusión; estamos ante un delito de la aprehensión, por decirlo de alguna manera, de dos menores que fueron raptadas también en el lugar de los hechos y que estaban en posesión, la una de uno de sus captores y la otra también en manos de familiares de los captores; hicimos un operativo para rescatar a una de las niñas que evidentemente teníamos información del riesgo que corría por la cercanía geográfica con pueblos que fueron atacados y, por lo tanto, en base de esa información decidimos sacarla a una zona en donde ambientalmente sea más conveniente para ella y en términos de seguridad física también sean muchos más confortables para ella; y siguiente los delineamientos de lo que establece el Convenio OIT 169 hemos llevado adelante todo este proceso con consultas a la propia comunidad (...). la Fiscalía a través de esta pericia trató de entender cuál es la cultura que subyace a todos estos hechos, así como los mestizos hemos hecho un gran esfuerzo y tratamos de hacer un gran esfuerzo por entender esos hechos, creo que también corresponde al pueblo Waorani hacer un esfuerzo por entender nuestra cultura, nuestra cultura respeta la vida,

nuestra cultura respeta la convivencia pacífica y lo que aspira la Fiscalía, señor juez ponente, es precisamente, que con la resolución que ustedes tomen, viabilice primero que los hechos no queden en la impunidad, en el evento de que estos hechos sean imputables a las personas hoy procesadas(...). En un país en donde tenemos multiplicidad de etnias, multiplicidad de nacionalidades, una Constitución que nos ampara a todos, esos derechos que tiene el pueblo Waorani, no pueden exceder a los derechos que también tienen otras comunidades y dentro de esas comunidades están las comunidades a las que las víctimas pertenecen y también, por qué no decirlo, a una comunidad mestiza que en este país también convive con ellos”.

La Defensoría Pública señaló: “(...) es necesario aclarar que la Defensoría Pública estamos interviniendo en este caso por pedido expreso de los procesados (...) la Defensoría Pública se allanó a la consulta solicitada por la Fiscalía General del Estado, pero en el sentido de que la Corte Constitucional mediante el control concreto de constitucionalidad determine si el delito de genocidio es aplicable a los ciudadanos Waoranis (...) Creo que la Corte tiene tres caminos que nosotros proponemos, desde la defensa para actuar y resolver en este caso, el primero, la declinación de la competencia, a efectos de dar cumplimiento a lo que dice el art. respectivo de la Constitución de que los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer jurisdicción dentro de su territorio para resolver conflictos propios, este para mí, es un conflicto absolutamente interno, un conflicto propio entre nacionalidades indígenas(...) El segundo camino, la segunda alternativa que nosotros planteamos a la Corte, es de que, como parece ser la idea de la Fiscalía General, la Corte Constitucional establezca una pena atenuada en el caso de que se diga de que existe genocidio o u otro delito contra la vida que me parece que es menos forzado, el genocidio es bastante forzado en este caso, pero una pena atenuada en base a una interpretación intercultural (...) la tercera alternativa que nosotros planteamos a la Corte Constitucional es una salida negociada, que la Corte Constitucional conjuntamente con las autoridades de las organizaciones del pueblo y la nacionalidad Waorani, decidan cuál es la salida intercultural y consensuada en este conflicto (...)”.

Dr. Jorge Acaro, defensor de los Waoranis, expresó: “(...) la defensa considera que las motivaciones expuestas en esta forma no tiene asidero legal constitucional, para la interpretación siquiera de la norma, porque no existe oposición alguna, si la filosofía de la Fiscalía es reducir la pena por el grado de la interculturalidad, existen en la misma legislación variadísimas normas, en el Código Penal, 29 innumerado, de las circunstancias atenuantes donde se observa este tipo de garantías, los arts. 426 de la Constitución, inciso tercero, le obliga al juzgador que no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para alegar el reconocimiento de tales derechos; la Defensoría Pública ha expresado desde antes de llegar a esta audiencia, de que consideran de que debería declinarse la competencia; el punto es señores Jueces, se está haciendo justicia al declinar la competencia para cederla al mundo Waorani, cuando en ellos no existe este hecho como un delito tipo?, el antropólogo jamás nos ha ilustrado de que lo que significa delito de genocidio para el mundo occidental lo es también para el

mundo Waorani, cuyo caso si deberíamos delegar la competencia por el principio de la interculturalidad, pero esos hechos que no han sido establecidos en la Constitución y en las exposiciones que esta mañana hemos escuchado; se nos quiere forzar a aceptar que se deben crear condiciones para que no se produjeren acciones o ataques a pueblos en aislamiento, señores jueces, ustedes consideran que la emisión de normas o la interpretación de normas pueden ayudar a que no se den estos ataques, pienso que es el Estado quien debe y tiene la obligación constitucional de evitarlas, pero con acciones directas en la comunidad, no con la aplicación de leyes, porque el Waorani, señores jueces no entiende (...) los hechos que hoy se quieren juzgar desde la cosmovisión del mundo Waorani son hechos constitutivos para merecer una sanción, están establecidos en sus códigos de honor del mundo Waorani, estas conductas como actos antijurídicos, cómo es que nosotros queremos a pretexto de una paz social lograr forzarlos a que acepten una ley o una normativa o una sanción que ni siquiera la han entendido... el término venganza desde la conceptualización nuestra no es aquel de la conceptualización del mundo Waorani; no es ese el concepto de la terminología venganza, por eso es importante conocer la cosmovisión de estos mundos, de esas nacionalidades que están reconocidas por la misma Constitución(...)”.

II. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente consulta planteada por el juez segundo de garantías penales de Orellana, de conformidad con lo previsto en los artículos 428 de la Constitución de la República; artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en los artículos 3 numeral 6, y 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Legitimación activa

El juez segundo de garantías penales de Orellana se encuentra legitimado para presentar consulta de norma, de conformidad con lo establecido en los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional e inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Naturaleza y alcance de la consulta de norma dentro de un caso concreto

La consulta de norma dentro del control concentrado de constitucionalidad se encuentra desarrollada dentro del marco normativo constitucional ecuatoriano en el artículo 428 de

la Constitución de la República, el mismo que, conforme se determinó en líneas anteriores, busca garantizar la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación normativa dentro de casos concretos.

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 142, el juez ordinario planteará la consulta “solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución (...).” Esto quiere decir que el juez, en el conocimiento de un caso concreto, suspenderá el proceso jurisdiccional cuando advierta que una norma es o puede ser inconstitucional; no obstante, para elevar la consulta a la Corte Constitucional deberá plantearla bajo los parámetros establecidos en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República; es decir, debe ser motivada y justificar claramente que no existe posibilidad de recurrir a una interpretación conforme al enunciado normativo, a la luz de lo dispuesto en la Constitución. Entonces, el juzgador debe justificar de manera suficiente, razonada y coherente que la norma no cumple con los principios constitucionales y por tal no puede ser aplicada en el caso concreto.

Para cumplir este propósito, la Corte Constitucional, en su sentencia N.º 001-13-SCN-CC del 06 de febrero de 2013, desarrolló los parámetros que deben observarse para que los jueces realicen una consulta de norma: i. identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; ii. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos; iii. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto. Cabe destacar, conforme se desprende del auto emitido el 02 de mayo de 2014 a las 09:30 por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, que estos requisitos han sido observados en el caso sub júdice.

En ese orden de ideas, de conformidad con lo que establece el artículo 428 de la Constitución de la República, cuando un juez de oficio o a petición de parte considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que este organismo se pronuncie respecto a la constitucionalidad de la norma con el objeto de que su aplicación no atente derechos constitucionales.

Así lo expresó la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N.º 001-13-SCN-CC: “El control concreto de constitucionalidad tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos”².

2 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-13-SCN-CC, caso N.º 0535-12-CN.

Se debe destacar que la consulta de norma dentro de los procesos constitucionales tiene una doble dimensionalidad, en la que existen efectos concretos, dentro de la causa consultada, y abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma, pues consultada una norma bajo un patrón fáctico descrito y una vez que la Corte se haya pronunciado en sentencia, no cabe una nueva consulta sobre la misma norma y el mismo patrón fáctico por el cual la Corte se pronunció³. En aquel sentido se observa la importancia que el constituyente ecuatoriano ha brindado al control concreto de constitucionalidad, pues la trascendencia del mismo radica en la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se consulta, tanto es así que conforme lo ha determinado esta Corte Constitucional, el juez, dentro de su consulta, debe determinar la relevancia de la norma consultada para la tramitación de la causa puesta a su conocimiento, ya que con ello se garantiza los derechos de las partes procesales a una justicia célere y oportuna; es decir, uno de los objetivos de la consulta de norma está direccionado a garantizar la constitucionalidad de la aplicación normativa dentro de casos concretos; no se desconoce el objetivo primigenio abstracto del ejercicio hermenéutico realizado por la Corte Constitucional para la aplicación de las normas infraconstitucionales en el ordenamiento jurídico, pero además este Organismo deberá determinar, en relación a las circunstancias fácticas del caso, si esta aplicación normativa no atenta derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos. En el caso sub júdice, por tanto, se refleja una doble dimensionalidad de la consulta de norma, lo cual efectiviza el control concreto de constitucionalidad normativa, tanto de la norma per se como de su aplicación en el caso concreto.

Dentro del caso *sub júdice*, de manera excepcional, en consideración a las circunstancias fácticas que devienen de la aplicación normativa en relación a una posible afectación a derechos constitucionales, la Corte Constitucional procede a analizar los efectos concretos que la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal puede generar en relación a los derechos de pueblos no contactados o de reciente contacto.

Cabe destacar que a través de este ejercicio hermenéutico la Corte Constitucional realizará una interpretación constitucional de los efectos constitucionales que genera una norma jurídica, mas no respecto a una interpretación infraconstitucional, lo cual es competencia de la jurisdicción ordinaria. De esta forma se configura el objeto de la consulta remitida por el juez consultante, por medio de la cual la Corte Constitucional, de manera excepcional y previo análisis de las circunstancias del caso concreto, procede a analizar si la aplicación de una norma que integra el ordenamiento jurídico ecuatoriano puede generar una afectación a los derechos reconocidos en la Constitución en el caso concreto.

Así, en el caso *sub júdice* se puede evidenciar que el factor que genera la consulta de norma por parte del juez consultante no es la constitucionalidad de la norma en sentido

3 “No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 142.

abstracto, sino los efectos de su aplicación dentro del caso concreto; por tanto, corresponde a esta Corte analizar si aquella aplicación podría generar una afectación a derechos colectivos del pueblo Waorani.

Debido a la naturaleza de la consulta de norma en el caso concreto, la Corte Constitucional considera pertinente analizar de manera excepcional la aplicación de la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal; se insiste, no se trata de una interpretación legal de una norma penal, pues el juez consultante alega directamente una afectación a los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de los investigados de nacionalidad Waorani; dada la relevancia del caso se garantiza que mediante esta aplicación no se genere afectaciones a derechos constitucionales o al bloque de constitucionalidad.

El caso del cual se origina la consulta de norma proviene de una instrucción fiscal, que se encuentra en conocimiento del juzgado segundo de garantías penales de Orellana, en cuyo auto se señala

“A partir del 05 de marzo del año 2013 luego de la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga sucedido en la comunidad de Yarentano presuntamente por un grupo denominado Taromenane o pueblos indígenas en aislamiento, un grupo de miembros de la nacionalidad Waorani organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros, localizar a familias de pueblos aislados y con el propósito de darles muerte. Esta incursión se la habría realizado con la utilización de armas de fuego y lanzas tradicionales. Luego del ataque sustrayendo o extrayendo a dos niñas de aproximadamente 03 y 06 años cada una, arrancándolas de su familia natural e internándolas o asimilándolas a las comunidades de Dikaro y Yarentaro. Una vez que realizaron la incursión con el uso de armas de fuego y lanzas tradicionales procedieron a dar muerte a varios de los miembros de las familias en aislamiento para posteriormente retornar a las comunidades de Dikaro y Yarentaro”⁴.

El juez, a petición de la Fiscalía, eleva en consulta de norma a la Corte Constitucional, si la pena contenida en el artículo 1 de la ley s/n Registro Oficial 578-S, inserto antes del artículo 441 del Código Penal es aplicable al caso concreto, dado que los imputados en dicho acto supuestamente antijurídico son personas pertenecientes a una nacionalidad indígena, lo cual podría devenir en vulneratorio a los derechos reconocidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad de estas nacionalidades.

Dentro del caso *sub júdice* de manera excepcional la Corte Constitucional advierte que solamente puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas y los efectos que la misma pueda generar dentro de un caso concreto en el ámbito de posibles vulneraciones a derechos constitucionales, dejando en claro que los temas relacionados

4 Juzgado segundo de garantías penales de Orellana, providencia del 14 de abril del 2014 a las 16:20.

con la simple aplicación normativa infraconstitucional o la solución de antinomias infraconstitucionales le corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

Determinación de los problemas jurídicos a resolver

En atención al mandato constitucional, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

El artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto, ¿vulnera los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de los que forman parte los pueblos indígenas de reciente contacto?;

La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto, ¿vulnera las normas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes?;

La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto, ¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto?

Argumentación sobre los problemas jurídicos

El artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto, ¿vulnera los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de los que forman parte los pueblos indígenas de reciente contacto?

Dentro del caso concreto, objeto de la presente consulta de norma, es menester previamente determinar el marco constitucional en el cual se desenvuelve el constitucionalismo ecuatoriano vigente; por lo tanto, se realizará una interpretación sistemática de la Constitución de la República, específicamente de la normativa constitucional con relación a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, y en la especie con los grupos no contactados o de reciente contacto.

La Constitución ecuatoriana reconoce en su artículo 1 al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, lo cual nos permite identificar que en nuestro país existen diferentes culturas y grupos étnicos que han permitido la configuración de nuestro modelo estatal; en ese orden de ideas se colige en nuestro medio la existencia de una diversidad cultural, abandonando prácticas de exclusión que han existido y existen en nuestro continente, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación⁵.

En el marco de esta normatividad, para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (artículo 11 numeral 2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10). Dicho en otras palabras, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte del Estado para respetar tal diferencia.

De esta manera, bajo los parámetros constitucionales se pretende incorporar una nueva visión del derecho en el que se respete e incorpore dentro de la vida jurídica del país esta cosmovisión de los pueblos ancestrales, los cuales tienden a diferir de la cultura hegemónica, y en virtud de la cual la denominada comunidad va mucho más allá de un simple enunciado y se convierte en una verdadera forma de vida, frente a lo cual el Estado asume obligaciones de protección y garantía de la diversidad cultural. Así lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, al sostener:

«El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho. [...] La función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. [...] En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo”⁶.

Es decir, en el marco de una sociedad democrática y pluralista caben distintas cosmovisiones, lo cual denota riqueza en la variedad de perspectivas, lo que nos exige una actitud de respeto y empatía de todos los que conforman la sociedad.

Sobre esta base, la Corte Constitucional del Ecuador, en atención a la consulta realizada por el juez segundo de Garantías Penales de Orellana, procederá a contrastar la norma cuya constitucionalidad se consulta con relación al principio de diversidad étnico y cultural⁷ de los pueblos de reciente contacto; así, el artículo 57 numeral 1 de la Constitución reconoce entre los derechos colectivos de la comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho colectivo a “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”.

De igual forma, aquello queda evidenciado cuando el artículo 57 determina “...Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley”.

6 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

7 Ver Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-J88/93 “La Constitución Política... reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación... Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales... gozan de un status constitucional especial... ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes...”.

El mandato constitucional es claro al establecer los mecanismos de protección que el constituyente ha brindado a los pueblos en aislamiento voluntario, para lo cual establece una norma de remisión legal a través de la tipificación del delito de etnocidio, el mismo que se encuentra determinado en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, que en la especie determina:

Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:

1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de diecisésis a veinticinco años.

Nótese que el verbo rector del tipo penal descrito implica una intencionalidad del agente productor del acto antijurídico, es decir, claramente la norma manifiesta “quién, con propósito de destruir total o parcialmente...”, es decir, el sujeto activo de la comisión del ilícito debe tener conciencia y voluntad del daño que pretende irrogar, en este caso al grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Cabe resaltar que este tipo penal forma parte del derecho internacional consuetudinario (costumbre internacional⁸) y del ius cogens internacional⁹, por lo tanto requiere de una interpretación convencional que proscriba la desnaturalización de este tipo penal.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁰ determina que necesariamente debe presentarse el elemento de la *mens rea*¹¹ como del *actus reus*.¹² La *mens rea* requiere de intención específica o *dolus specialis*, el *actus reus* consiste en cualquiera de los cinco actos enumerados en el artículo 2 de la Convención.¹³ Es decir, no basta con la intención y el conocimiento de los elementos materiales del crimen; el elemento mental del crimen exige igualmente que sus perpetradores hayan actuado con la específica intención de destruir un grupo protegido como tal¹⁴; por lo que el genocidio

8 Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber), May 21, 1999, p. 88

9 Rutaganda, (Trial Chamber), December 6, 1999, p. 46

10 En vigencia desde el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

11 *Mens rea*: propósito genocida, propósito específico, propósito especial o *dolus specialis*.

12 Kamuhanda, (Trial Chamber), January 22, 2004, p. 622

13 En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

14 Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 175

es distinto de otros crímenes, en tanto incorpora un propósito especial o *dolus specialis*, que consiste en la intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el perpetrador busque con claridad producir el acto del que se le acusa.¹⁵

Conforme lo determinan las normas convencionales pertinentes, no puede considerarse a un acusado culpable de genocidio si individualmente no comparte la intención de destruir en todo o en parte a un grupo, incluso si sabe que está contribuyendo o cree que sus actos puedan estar construyendo a la destrucción total o parcial de un grupo.¹⁶ Este propósito especial se infiere de los siguientes actos o indicios¹⁷:

El contexto general de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, ya sea que fueran cometidos por el mismo acusado u otros.

La escala de las atrocidades cometidas.

Su naturaleza general.

Su ejecución en una región o país.

El hecho de que las víctimas fueran deliberada y sistemáticamente elegidas por su pertenencia a un determinado grupo.

La exclusión, en tal sentido, de los miembros de otros grupos.

La doctrina política que dio lugar a los actos

La repetición de actos que violan los cimientos mismos del grupo o que son considerados como tales por quienes los perpetraron.

Adicionalmente, este tipo penal se deriva del uso de lenguaje insultante hacia los miembros del grupo afectado, las armas empleadas y el grado de daño físico, la forma metódica de la planificación y la forma sistemática de matar.¹⁸ Específicamente también se ha determinado que el motivo (la venganza, la rivalidad, etc.), no son elementos del delito de genocidio.¹⁹ Finalmente, en lo atinente a la responsabilidad penal de los partícipes, esta debe probarse personalmente para cada uno de los participantes²⁰; es decir, las autoridades jurisdiccionales, antes de determinar la responsabilidad de un acusado, determinan si la situación en cuestión es en general una situación de genocidio,²¹ y después prueban la participación de los acusados en los actos y presencia de la *mens rea*.

En el caso concreto, los elementos arriba expuestos deben ser considerados e interpretados desde una perspectiva intercultural, es decir, acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados.

15 Akayesu, (Trial Chamber), September 2, 1998, p. 498.

16 Prosecutor v. Jeslicic, Case No. IT.95-10, p. 86.

17 Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 176

18 Gacumbitsi, (Appeals Chamber), July 7, 2006, p. 40

19 Simba, (Appeals Chamber), November 27, 2007, p. 266

20 Rutaganda, (Appeals Chamber), May 26, 2003, p. 525

21 Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber), May 21, 1999, p. 273.

Por otro lado, esta Corte recuerda al juez consultante que las funciones que desempeña en el desarrollo del proceso penal durante la etapa de instrucción penal e intermedia, son las de un verdadero guardián de los derechos y garantías constitucionales, tal como esta Corte lo desarrolló en la sentencia N.º 036-13-SEP-CC, señalando "... el juez de garantías penales al actuar como un tercero imparcial que ostenta jurisdicción en materia penal, analiza las actuaciones de las partes procesales, entre las que se incluye la del fiscal, haciendo un juicio de valor de las evidencias que se presentaron dentro de la instrucción fiscal, y en base a los elementos de convicción que estas evidencias aporten, determina cuál es el tipo penal en que se enmarca la conducta de los procesados".²²

Es por ello que en el caso concreto esta variable debe ser considerada e interpretada desde una perspectiva intercultural. En el caso sub examine no se trata de una simple interpretación del tipo penal antes descrito, que de su simple lectura no presenta vicios de constitucionalidad, sino de cómo su aplicación al caso concreto generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral, dado el conflicto entre un pueblo en aislamiento Taromenane y un pueblo de reciente contacto Waorani, conforme los ha definido la Defensoría Pública y el abogado patrocinador de los investigados durante la audiencia pública.

Por tanto, el caso en análisis debe ser resuelto empleando criterios de interculturalidad, para de esta forma garantizar los derechos de los pueblos indígenas no contactados y/o de reciente contacto. Así lo determinó la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en sentencia N.º 008-09-SAN-CC, señalando:

"La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad".²³

En esta misma decisión se establecieron los principios para solventar los problemas relacionados con pueblos ancestrales, los cuales consisten en: i) continuidad histórica; ii) diversidad cultural; iii) interculturalidad; iv) interpretación intercultural. En efecto:

"...para una adecuada y verdadera administración de justicia, más aún la constitucional, se deben observar "principios con perspectiva intercultural"; entre estos principios están:

a) El de la *Continuidad Histórica*: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades

22 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 036-13-SEP-CC, caso N.º 1646-10-EP.

23 Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.

b) El de la *Diversidad Cultural*: a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino "las identidades entre los pueblos", es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.

c) El de la *Interculturalidad*: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra; el diálogo intercultural, como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es otra cosa que: "el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa."

d) El de la *Interpretación Intercultural*: el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas".²⁴

Análogamente, a nivel andino sobre esta temática, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-254/94, configuró reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos, así:

1. A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. 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. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Una vez explicado el marco interpretativo que debe emplearse en la norma cuya constitucionalidad se consulta, cabe precisar adicionalmente que para la solución de

24 Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

conflictos en los que están inmersos pueblos ancestrales, la doctrina penal desarrolló el denominado *error de comprensión culturalmente condicionado*,²⁵ siempre y cuando se demuestre que uno o varios de los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena que supuestamente perpetró un ilícito se encontraban en una situación que les impedía conocer la norma penal por la cual se les imputa la comisión de un delito, ya que quien comete un ilícito condicionado por su cultura no se encuentra en la capacidad de interiorizar la norma penal²⁶; elemento que sin lugar a duda deberá ser considerado cuando se presenten conflictos relacionados a la aplicación normativa penal a pueblos no contactados o de reciente contacto.

En ese orden de ideas, corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa, así como si dentro de su cultura se evidencia estas prácticas como actos propios de su cultura, o si por el contrario son ajenos a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal.

Bajo este escenario y en aplicación del *principio pro comunitas*,²⁷ en el caso *sub júdice* se puede evidenciar que la aplicación de la norma constante en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, sin un análisis previo sobre criterios de interculturalidad que en el caso exige, podría generar una afectación al principio de diversidad étnico y cultural, y por tanto a los derechos colectivos reconocidos por la Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas, en la medida en que la aplicación de la norma genera una afectación a su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios.

25 Cfr. Artículo 15 Código Penal peruano, que en lo principal dispone: "Error de comprensión culturalmente condicionado: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena."

26 Zaffaroni, considera que el error de comprensión "es la inexigibilidad de la internalización" y que debe entenderse por comprensión el más alto nivel de captación humana que implica la internalización. Citado por José Hurtado Pozo, "Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?", PDF, pp. 8-10.

27 La Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-552/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil señala: "Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedural; Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio...; Y Un factor de congruencia en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. Todo lo anterior debe regularse por una ley, cuya ausencia ha sido suplida por la Corte Constitucional, en aplicación de los principios *pro comunitas* y de maximización de la autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural...".

Si bien la norma contenida en el Código Penal ecuatoriano es una norma legal imperativa, esta no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige. Con aquello se deja constancia de que la norma consultada es una norma válida y vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, empero en el caso *sub júdice*, al tratarse de pueblos no contactados o de reciente contacto, para no generar una afectación a sus derechos colectivos, debe ser interpretada y aplicada desde una perspectiva intercultural y una vez verificado y argumentado el cumplimiento de todos y cada uno los presupuestos convencionales que configuran el delito de genocidio.

En efecto, la propia normativa penal establece en la disposición general segunda del Código Orgánico Integral Penal: "En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas"; aquello denota que el legislador, en el marco regulativo penal ecuatoriano incorpora elementos interculturales a ser considerados por los distintos agentes destinatarios de las normas penales, lo cual se traduce en la obligación de los juzgadores de realizar verdaderos ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

El presente caso, la aplicación de una norma sustantiva penal debe realizársela en atención a las circunstancias sociológicas de los pueblos que se encuentran en el conflicto penal y las circunstancias del hecho que se investiga, lo cual esta Corte no puede analizar, dado que sus competencias se limitan al análisis de constitucionalidad, mas no penal. Es a los jueces ordinarios penales a quienes se les exige el análisis de responsabilidad penal, lo cual no puede determinarse en el caso concreto si no se toma en consideración el principio de diversidad cultural garantizado en la Constitución.

Sobre este particular, la Corte Constitucional, en el caso N.º 0731-10-EP, sentencia N.º 113-14-SEP-CC, fue enfática al señalar que:

"... la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso".

Por tanto, el juzgador en el presente caso debe tomar especial atención a las consideraciones jurídicas y socioculturales que se han expresado en los párrafos precedentes, con el fin de que sus decisiones sean respetuosas de los derechos constitucionales.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional considera que en el caso *sub júdice*, se debe analizar la constitucionalidad de la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal; toda vez que, como ha quedado indicado, su constitucionalidad como norma vigente y válida no se encuentra en duda y no ha sido desvirtuada. Por esta razón, en el presente caso es relevante lo dispuesto en el artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el cual se dispone:

“Artículo 143.- Efectos del fallo.- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos: ...2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado”.

Sobre la base de las consideraciones jurídicas que se han vertido en la presente sentencia, dadas las especiales características y presupuestos convencionales que configuran el delito de genocidio, la aplicación de esta figura jurídica respecto de las personas pertenecientes a una comunidad indígena podría vulnerar derechos constitucionales, si en las etapas pre procesal y procesal penal, y el eventual juzgamiento, no se atiende el enfoque pluricultural que se ha expresado en líneas anteriores, tomando en consideración la especial cosmovisión de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro de la sociedad. Esta concepción tiene asidero, de conformidad con el artículo 171 de la Constitución, por medio del cual nuestro ordenamiento reconoce al pluralismo jurídico, por lo que es necesario que haya coordinación entre dos sistemas que coexisten y gozan de igual legitimidad. Además, el artículo 1 de la Constitución, al definir al Ecuador como un Estado plurinacional, obliga a los operadores de justicia a considerar, en toda circunstancia que así lo amerite, la especial cosmovisión de los pueblos indígenas con respecto a todos los órdenes de la vida, incluso el juzgamiento de delitos penales.

La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto ¿vulnera las normas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes?

Previo a iniciar el análisis del presente problema jurídico es menester determinar conceptualmente lo que dentro del constitucionalismo ecuatoriano se entiende por bloque de constitucionalidad;²⁸ para el efecto, se debe manifestar que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 424 determina:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

El artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador determina como deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación de ningún tipo el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales; específicamente en el artículo 11 de la precitada norma en su numeral tercero se establece “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, “...Los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno [...] y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución Política”; y Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares; “Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de jus cogens, que forman parte del ‘bloque de constitucionalidad colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados [...]’”. Fondo, Reparaciones y Costas; y Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares, www.corteidh.or.cr

En ese orden de ideas se puede observar que el constituyente ecuatoriano dotó de una jerarquía constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos. En aquel sentido, estas normas del ordenamiento jurídico internacional y del derecho internacional de los derechos humanos tienen una categorización paritaria a las normas constitucionales, configurándose de esta forma lo que en la doctrina suele denominarse como el bloque de constitucionalidad.

Al bloque de constitucionalidad se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana. En efecto, “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.²⁹

Dentro del caso *sub júdice* el juez consultante manifiesta que la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto puesto a su conocimiento podría entrar en colisión con normas que se encuentran determinadas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes, 1989 (en adelante Convenio 169 de la OIT), en la especie las normas contenidas en los artículos 8.1, 9.2, 10.1.2, que tratan acerca:

Artículo 8

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

Artículo 9

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

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.

De acuerdo a lo expresado en el problema jurídico precedente, a continuación se realizará una interpretación con perspectiva intercultural, con el objeto de determinar si en el caso concreto la aplicación de la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal atenta los principios contenidos en las normas del Convenio 169 de la OIT, que a su vez forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

29 Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 numeral 7.

A priori se puede observar que el artículo en mención contiene un tipo penal abierto en cuanto al sujeto o sujetos destinatarios de la conducta típica; en aquel sentido no existe una regulación por parte del legislador que atente en sentido abstracto los principios contenidos en el Convenio 169 de la OIT; no obstante, en el ámbito de su aplicación en el caso concreto considerando que los sujetos activos y pasivos de la comisión del hecho delictivo de los cuales se imputa su participación son pueblos identificados como Waorani y Taromenane.

En cuanto a la norma contenida en el artículo 8 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, se debe manifestar que a través de una interpretación intercultural, los presupuestos de continuidad histórica, diversidad cultural e interculturalidad deben ser observados por los diversos agentes que lleven adelante un proceso penal en el que se vean inmersos pueblos ancestrales; en aquel sentido, dentro del presente caso, al existir una norma que pretende ser aplicada en un proceso penal se comina a que luego de la determinación de la continuidad histórica de estos pueblos en la realidad ecuatoriana, las diversas autoridades apliquen la legislación, considerando los usos y costumbres de los miembros de los pueblos cuya presunta responsabilidad está siendo objeto de juzgamiento, generando un ejercicio hermenéutico a través de la interpretación de sus instituciones propias, sus costumbres, filosofía y cosmovisión, generando un diálogo epistémico en el que se reflejen las diferencias que puedan existir entre las normas hegemónicas y las propias de los pueblos ancestrales, con el objeto de lograr mecanismos de coordinación y cooperación, tendientes a la solución de un conflicto sin que se genere la afectación de los derechos colectivos de estos grupos humanos.

En cuanto al artículo 9 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, esta Corte debe manifestar que en el caso concreto las autoridades jurisdiccionales, así como la Fiscalía debe considerar las costumbres propias de estos pueblos previo a emitir cualquier acción, con el fin de no menoscabar sus derechos ancestrales, reconocidos constitucionalmente a través de la normativa interna, así como en el derecho internacional (Convenio 169 de la OIT). Para lograr este cometido se deberá contar con peritajes sociológicos, antropológicos entre otros que puedan realizarse, que permitan identificar claramente las prácticas consuetudinarias de estos pueblos con el objeto de identificar la naturaleza y sentido de las acciones investigadas.

Finalmente, en cuanto al artículo 10, numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, se debe determinar por parte de esta Corte que en el caso *sub examine* se ha identificado que los miembros del pueblo Waorani han sido objeto de un procesamiento penal por la supuesta comisión del delito de genocidio, iniciándose una instrucción fiscal en su contra, frente a lo cual se han implementado como medidas cautelares de carácter personal la prisión preventiva en contra de los procesados.

Es decir, en el caso concreto las autoridades competentes han aplicado las normas procedimentales sin observancia de los principios interculturales que rigen nuestro modelo de Estado, lo cual comporta un atentado a los artículos 8.1 y 9.2 del Convenio 169 de la OIT; en igual sentido, la aplicación de esa normativa en relación a miembros del pueblo

Waorani, entendido como un pueblo ancestral, ha inobservado el artículo 10 numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, puesto que si bien los presuntos infractores aún no han sido sancionados, la adopción de este tipo de medidas cautelares de carácter personal devendría en una práctica que atenta sus derechos colectivos, generando un desarraigo de su entorno cultural, ante lo cual se conmina a las autoridades competentes a realizar una interpretación acorde con los principios descritos en esta norma del Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, y del cual nuestro país es suscriptor.

En efecto, la norma convencional contenida en el artículo 9 numeral 2 es clara “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, las medidas provisionales o de aseguramiento que se dicten en los procesos penales son decisiones que sin ser definitivas conllevan un análisis que tiene efectos provisionales dentro de un proceso penal.

Cabe destacar que conforme las normas antes señaladas que integran el bloque de constitucionalidad, las medidas cautelares de carácter personal que se adopten en este tipo de procedimientos penales deben respetar los derechos humanos y constitucionales; La sanción de la privación de la libertad no es *a priori* el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas y/o de reciente contacto, ante lo cual se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación para emplear mecanismos disciplinarios acordes con la cosmovisión de estos pueblos.

Adicionalmente, se debe manifestar que la sanción de privación de la libertad es la *última ratio* dentro de la configuración del derecho penal hacia pueblos ancestrales, más aún considerando una visión intercultural, conforme lo determina el artículo 10 numeral 2. El alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto a un entorno social como los centros de rehabilitación social genera una afectación a su relación comunitaria, al separarlos de su entorno social y colectivo.

Respecto a la consulta realizada por parte del juez segundo de garantías penales de Sucumbíos, respecto a que el artículo consultado podría atentar el principio de proporcionalidad entre la infracción y la pena consagrado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, se debe manifestar que aquello obedece a una aplicación normativa que deviene en una sanción que debe ser implementada luego de un proceso penal en el que se haya determinado la existencia de la infracción y la responsabilidad del o los responsables; situación que aún no se evidencia en el caso *sub júdice*, ya que el mismo se encuentra dentro de la fase de instrucción fiscal, ante lo cual no tiene asidero realizar un pronunciamiento por parte de esta Corte Constitucional, pues corresponde a la justicia penal determinar luego del análisis de las circunstancias del caso y de la interpretación intercultural a la que se ha hecho mención en esta sentencia.

La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto ¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto?

Respecto a la vulneración al principio de igualdad, cabe destacar y distinguir entre la igualdad formal y material consagrada en el artículo 11.2 de la Constitución de la República –igualdad en el tratamiento hacia determinadas personas en situaciones paritarias o idénticas–; y por otro lado la no discriminación.

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

En igual sentido, el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

En el caso de la consulta objeto de análisis por la Corte Constitucional nos encontramos con una supuesta desigualdad en cuanto a la aplicación de la ley (artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal), considerando que los destinatarios de la disposición normativa en el caso concreto no se encuentran en una situación paritaria culturalmente en relación a la población hegemónica, lo cual según el consultante atentaría el principio de igualdad en el ámbito material.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece *al ju cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico [...]. Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio *del jus cogens*”.³⁰

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º 18 del 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo 19.

Si bien, el principio de igualdad se proyecta también en el momento de aplicación de la ley, empero esta aplicación de la ley debe direccionarse hacia los agentes que son sus destinatarios y que se encuentran en una situación paritaria. En aquel sentido, se debe tomar como principal variable el hecho de que las personas que se creyeren afectados en sus derechos se encuentren en categorías paritarias "... un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas".³¹

Si bien dentro de la normativa tanto constitucional como legal se produce una especie de igualdad formal, aquella se ve mancillada en la práctica por una serie de variables que operan para que se produzcan procesos de exclusión interna que terminan convirtiéndose en prácticas discriminatorias hacia los sectores más sensibles, en el caso *sub júdice*, pueblos originarios.

Bajo este escenario, la Constitución de la República, siendo la norma principal que guía la estructura del Estado ecuatoriano, consagra al Ecuador como un Estado unitario, intercultural y plurinacional, situación que comporta un compromiso mediante el cual se reconoce la existencia de otras culturas y nacionalidades dentro de su territorio.

Precisamente la igualdad material en cuanto a la aplicación de la ley exige esta necesidad de respeto de las diferencias culturales existentes entre los diversos grupos sociales que conforman la sociedad ecuatoriana, para quienes su cosmovisión del mundo tiende a ser diferente al modelo tradicional vigente en la población blanco – mestiza.

Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente ante otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados.

En el caso *sub júdice* objeto de consulta de norma se puede identificar como destinatarios de la disposición normativa en el caso concreto a miembros del pueblo Waorani, para lo cual esta Corte Constitucional deberá determinar en qué medida la aplicación de la norma consultada podría generar una afectación al principio de igualdad material.

En el caso en consulta es pertinente señalar que: "El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado

a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)".³²

En aquel sentido, dentro de la norma objeto de consulta y atendiendo a la naturaleza del caso concreto se puede observar que no se puede brindar un trato idéntico a los miembros del pueblo Waorani contrastándolos con la población hegemónica, puesto que su realidad histórica, cultural, así como su cosmovisión son diferentes, evidenciándose que no se configura el primer mandato respecto a la igualdad; de igual forma, conforme se ha podido apreciar el presupuesto del tercer mandato, esto es, un mandato de trato paritario respecto a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, tampoco se evidencia en el presente caso puesto que las diferencias culturales y la cosmovisión de los miembros del pueblo Waorani son manifiestamente disímiles con la costumbre de la población hegemónica.

En ese orden de ideas corresponderá identificar si las personas procesadas por la presunta comisión del delito de genocidio en este caso concreto se adecuan a los presupuestos contenidos en el mandato dos o cuatro del test de igualdad puesto a consideración de esta Corte, para lo cual se deberá contar con peritajes sociológicos, antropológicos, entre otros, por parte del juez competente para determinar si deberá existir un trato enteramente diferenciado en caso de no compartir ningún elemento común, o a su vez un trato diferente a pesar de la similitud, si los elementos diferenciadores son mayores a las similitudes.

En el caso concreto, atendiendo al principio *pro communis*, esta Corte determina que las personas miembros del pueblo Waorani se encasillan en los presupuestos dos y/o cuatro del test de igualdad en cuanto a la aplicación de la norma consultada. Por tanto, se debía realizar un trato diferenciado por parte de los distintos agentes en cuanto a la aplicación de la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, dentro del caso concreto.

Finalmente, esta Corte Constitucional debe manifestar que en aras de garantizar el principio de igualdad material se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, para lo cual se deberá contar con la experticia de profesionales técnicos en peritajes sociológicos y antropológicos que permitan demostrar en qué medida la aplicación de una norma general puede atentar derechos colectivos y culturales de un pueblo ancestral.

31 Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ira ed., 2005, 4ta., reimpresión, p.257

32 Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

Sentencia

Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana.

Declarar que en el caso concreto la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales.

De conformidad con artículo 143 numral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la figura penal del genocidio solo podrá ser aplicada en el caso concreto por el juez consultante, siempre que se verifique de manera argumentada el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos convencionales determinados en la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, todo ello en observancia a los parámetros de interculturalidad, en los términos previstos en esta decisión.

Para proceder a una interpretación intercultural en el caso concreto se dispone:

Que el juez segundo de garantías penales de Orellana, que conoce el caso, previo a la aplicación de la norma consultada, implemente las medidas urgentes necesarias, entre otros peritajes sociológicos, antropológicos, con el fin de asegurar que el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural, con observancia de los parámetros señalados en la parte motiva de esta sentencia (*ratio decidendi*).

Todo lo resuelto se implementará de manera célere, sin perjuicio de las medidas y acciones procesales inmediatas que deberá adoptar el juez segundo de garantías penales de Orellana, en conocimiento del caso, para subsanar las actuaciones y omisiones establecidas.

Las normas penales que fueren aplicables en el presente caso, de conformidad con el criterio del juez, deberán observar los principios constitucionales analizados y deberán ser interpretadas desde una perspectiva intercultural.

Que la Defensoría del Pueblo, de conformidad con la Constitución, realice la vigilancia del debido proceso e informe a la Corte Constitucional periódicamente

sobre el cumplimiento de esta decisión, durante todo el desarrollo del proceso penal hasta su culminación.

Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutiva de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con ocho votos a favor de las juezas y jueces: Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de la jueza María del Carmen Maldonado Sánchez, en sesión extraordinaria del 06 de agosto del 2014. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mbm/ccp

Anexo 4

Quito, D. M., 11 de septiembre de 2014

SENTENCIA N° 006-14-SCN-CC

CASOS 0036-10-CN y 0006-11-CN ACUMULADOS
Registro Oficial Suplemento 346 de 2 de Octubre del 2014

Corte Constitucional del Ecuador

I. Antecedentes

Resumen de admisibilidad

Mediante providencia del 4 de junio de 2010, el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi resolvió suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente N.º 412-2010 en consulta a la Corte Constitucional, para que acorde a lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República y artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resuelva sobre la constitucionalidad de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que su contenido no guarda coherencia con lo previsto en el artículo 171 de la Constitución de la República, situación que corresponde al expediente constitucional signado con el N.º 0036-10-CN.

Dentro de la causa N.º 0006-11-CN en providencia dictada el 31 de enero de 2011, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi resolvió suspender la tramitación de la causa N.º 2010-0143 y remitirla en consulta a la Corte Constitucional, para que acorde a lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República y artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resuelva sobre si ¿es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad?

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 7 de febrero de 2011, de conformidad con lo resuelto por el Pleno del Organismo, en sesión ordinaria del 11 de mayo de 2010, procede a la acumulación de la acción N.º 0006-11-CN a la causa N.º 0036-10-CN.

Mediante memorando N.º 008-CCE-SG-SUS-2012, suscrito por el secretario general de la Corte Constitucional, Jaime Pozo Chamorro, el 30 de noviembre de 2012, se hace conocer al juez constitucional, Alfredo Ruiz Guzmán, el sorteo de las causas realizado por el Pleno del Organismo en sesión extraordinaria del 29 de noviembre de 2012, y en el que se lo designa como juez sustanciador de las presentes causas, quien a su vez, en providencia del 22 de mayo de 2013 a las 12h00, avocó conocimiento de las consultas referidas, enviadas por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi y el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi.

Normas cuya constitucionalidad se consulta

Caso N.º 0036-10-CN

Código de procedimiento Penal

Art. 33.- Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal, sin necesidad de denuncia previa.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querella

Art. 217.- Inicio de la instrucción.- Cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que solicitará de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales.

El juez de garantías penales que conozca el caso, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, señalará día y hora para la audiencia solicitada, la que deberá realizarse dentro de cinco días a partir de dicho señalamiento, indicando en la notificación a los sujetos procesales, que de no concurrir a la misma, se contará con el defensor público.

El juez de garantías penales dará inicio a la audiencia, identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales; luego concederá la palabra al fiscal, quien en su exposición, y luego de identificarse, deberá consignar en su pronunciamiento lo siguiente:

1. La descripción del hecho presuntamente punible;
2. Los datos personales del investigado; y,
3. Los elementos y resultado de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación.

El fiscal solicitará al juez de garantías penales que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales; y señalará además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que en todo caso, no excederá de noventa días, con la excepción prevista en el artículo 221.

La resolución de la instrucción fiscal, con todos los datos consignados en la audiencia y la notificación respectiva, quedará registrado en el extracto de la audiencia, elaborado por el secretario de la judicatura y suscrito por él, bajo su responsabilidad.

En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, y el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, así como cualquiera de los derechos y garantías de que se crea asistido, en la forma y términos previstos en la Constitución y este Código.

No impedirá la realización de la audiencia, el desconocimiento, respecto del lugar o domicilio en que deba notificarse a la persona o personas contra quienes se vaya a formular la imputación; y en todo caso la audiencia se desarrollará con la intervención del defensor público, para garantizar el derecho a la defensa.

Caso 0006-11-CN

¿Es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad?

Petición de consulta de constitucionalidad

La consulta constitucional signada con el N.º 0036-10-CN, tiene como antecedente el juicio que por el delito de plagio se inició en contra de Richard Chaluisa Cuchiparte, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquina, por los hechos suscitados en la comunidad La Cocha del cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi; mientras que la consulta planteada en el caso N.º 0006-11-CN, tiene su antecedente en el juicio penal por asesinato seguido en contra de Iván Vladimiro Candelero Quishpe, Flavio Hernán Candelero Quishpe, Manuel Orlando Quishpe Ante, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga.

El 4 de junio de 2010, el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi resolvió suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente N.º 412-2010 en consulta a la Corte Constitucional, para que acorde a lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República y artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resuelva sobre la constitucionalidad de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que su contenido no guarda coherencia con lo previsto en el artículo 171 de la Constitución de la República, situación que

corresponde al expediente constitucional signado con el N.º 0036-10-CN. De igual forma, dentro de la causa N.º 0006-11-CN, en providencia dictada el 31 de enero de 2011, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi decide suspender la tramitación de la causa N.º 2010-0143 y la remite en consulta a la Corte Constitucional, para que resuelva sobre si ¿es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad?

II. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las presentes causas, remitidas por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi y el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi de conformidad con lo previsto en los artículos 428 de la Constitución de la República, artículo 141 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Legitimación activa

Tanto el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi como el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi se encuentran legitimados para interponer las presentes consultas de constitucionalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y segundo inciso del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Naturaleza del control concreto de constitucionalidad

El control concreto de constitucionalidad tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. De manera general, las juezas y jueces aplicarán las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad que se encuentren desarrolladas. Sin embargo, en caso que el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos debe suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional, de conformidad con lo que establece el artículo 428 de la Constitución de la República.

Adicionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debe entenderse también, que la consulta de constitucionalidad de norma plantea la obligación de los jueces ordinarios de elevar a la Corte Constitucional la consulta sobre cualquier norma que debería ser aplicada en un caso concreto y al respecto de la cual tengan duda razonable y motivada de su constitucionalidad, para que sea este órgano jurisdiccional el que resuelva sobre la posible inconstitucionalidad de la misma.

A la Corte Constitucional le corresponde realizar tanto el control concreto como el control abstracto de constitucionalidad, entendiéndose por el primero el análisis a realizarse en los casos en que son los jueces quienes remiten en consulta una norma jurídica a la Corte Constitucional, en razón de existir certeza o una duda razonable en cuanto a la contraposición de la norma jurídica con el texto constitucional, como lo establecen el artículo 428 de la Constitución de la República que señala: “cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma (...)” y el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone: “Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidores y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso”.

La Corte Constitucional ha determinado, en base a una interpretación integral de la Constitución, que el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación debe verificarse también en las consultas de normas remitidas por las juezas y jueces, con lo cual, la consulta de norma, por la que se suspende la tramitación de una causa, requiere de los siguientes estándares mínimos:

Identificación del enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta.

Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado¹.

En consecuencia, al empezar el análisis de las consultas planteadas, debe establecerse si estas se ajustan a las referencias consideradas imprescindibles por esta Corte, para lo cual, se realizará un análisis individual de cada una de ellas, formulando su respectivo problema jurídico.

Determinación y resolución de los problemas jurídicos

1. La consulta de norma respecto de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, enviada por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi, dentro del control concreto de constitucionalidad, ¿cumple con lo exigido por la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las reglas interpretativas dictadas en la sentencia N.º 001-13-SCN-CC de la Corte Constitucional?

2. ¿Corresponde a la Corte Constitucional resolver una consulta de norma en la que se requiere el pronunciamiento de constitucionalidad de disposiciones infraconstitucionales derogadas?

3. La consulta de norma enviada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, dentro del control concreto de constitucionalidad, ¿cumple con lo exigido por la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las reglas interpretativas dictadas en la sentencia N.º 001-13-SCN-CC de la Corte Constitucional?

Argumentación de los problemas jurídicos

La consulta de norma, respecto de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, enviada por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi, dentro del control concreto de constitucionalidad, ¿cumple con lo exigido por la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las reglas interpretativas dictadas en la sentencia 001-13-SCN-CC de la Corte Constitucional?

1 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-13-SCN-CC, 6 de febrero de 2013.

Se aclara que la consulta de constitucionalidad, dentro de la causa 0036-10-CN, versa sobre normas que al momento de realizarla, se encontraban en plena vigencia y responden a la realidad jurídica vigente al 4 de junio de 2010, fecha en la que el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi envía el expediente tramitado en su judicatura, para que la Corte Constitucional realice un análisis respecto de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante de la fecha de consulta, esta Corte realizará un análisis de procedencia para verificar si los presupuestos de la sentencia N.º 001-13-SCN-CC, han sido observados por el juez consultante, ya que el análisis de aquellos es definitivo para mantener la línea jurisprudencial definida en los precedentes respecto del cumplimiento de los requisitos para la procedencia de una consulta formulada en virtud del artículo 428 de la Constitución de la República.

En función de responder al primer problema jurídico planteado, debe tenerse en cuenta que los artículos 428 de la Constitución de la República y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al referirse a la consulta de constitucionalidad, bajo los presupuestos de la certeza y de la duda razonable y motivada, manifiestan claramente que las consultas de constitucionalidad realizadas por los jueces, solo versarán sobre normas jurídicas, entendiéndose por estas, aquellas disposiciones infraconstitucionales de carácter general que contienen mandatos deonticos de hacer, no hacer o permitir; además, que lingüísticamente poseen un generador normativo (mandato deontico), una descripción de la actuación humana y una descripción de las condiciones de aplicación de la norma, expresa o tácita².

La consulta realizada por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi, claramente, versa sobre normas jurídicas en el caso concreto, respecto de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, por lo que cumple con lo exigido por la Constitución de la República en su artículo 428, en concordancia con los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que hacen referencia a la finalidad, objeto y procedimiento del control concreto de constitucionalidad.

Como quedó establecido en líneas precedentes la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 numeral 8 y 436 numerales 1, y 6 de la Constitución, en la sentencia N.º 001-13-SCN-CC del 6 de febrero de 2013, emitió los siguientes criterios interpretativos que deberán ser observados por las juezas y jueces al momento de elevar una consulta de norma en aplicación del artículo 428 de la Constitución, mismos que serán contrastados con el pedido de consulta realizado por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi.

2 Juan Ramón Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Segunda Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, III cap, pp. 61-77.

Identificación de las normas consultadas

El juez consultante identifica con precisión las normas cuya constitucionalidad consulta, pues en su petición hace referencia expresa a los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, las mismas que han sido transcritas anteriormente. Con lo cual se cumple con el primer requisito.

Identificación de los principios o reglas constitucionales infringidos y motivación al respecto

El consultante, si bien manifiesta que las normas legales identificadas contravienen a lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución de la República, de su consulta, no se puede colegir cuáles son los argumentos que evidencian la contradicción entre las normas consultadas del Código de Procedimiento Penal y el artículo 171 de la Constitución, ya que solo existe una referencia a que no se respeta el pluralismo jurídico, sin la motivación correspondiente e indispensable para la procedencia de la consulta. Es decir, se limita simplemente a transcribir la disposición constitucional contenida en el artículo 171 de la Constitución.

Fundamentación sobre la relevancia de la consulta con respecto a la decisión del caso

La duda razonable y motivada surge, según el juez consultante, cuando dentro del juicio penal, el delito que persigue el fiscal, se origina en un presunto hecho de plagio, el mismo que nace de las actuaciones de los dirigentes de la comunidad indígena La Cocha, del cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, las mismas que estarían amparadas en la aplicación del artículo 171 de la Constitución de la República. No obstante, en base a lo dispuesto por los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, se obliga a la acusación, por parte de la Fiscalía, para iniciar una acción penal, a pesar de que los hechos que pretende acusar, provienen de actuaciones conforme a lo previsto por la Constitución de la República.

El juez, si bien realiza una analogía entre lo dispuesto por el artículo 171 de la Constitución de la República y lo establecido por los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, no las confronta analíticamente y solo asume que de estas nace una posible contradicción, que afecta derechos constitucionales. La duda consultada entonces está encaminada al análisis de las acciones realizadas al amparo de la norma constitucional señalada, más no de las consecuencias de mantener vigentes y aplicables los preceptos normativos incluidos en las normas legales del Código de Procedimiento Penal (artículos 33 y 217).

En la consulta formulada, no se expresa fundamentación que explique la relevancia de las disposiciones cuya constitucionalidad se consulta (artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal) con respecto a la decisión que debe adoptarse en la misma, por lo que se advierte que la duda razonable y motivada que el juez consultante plantea, no es, realmente, con respecto a la constitucionalidad de las disposiciones legales mencionadas y su posible inaplicación en el caso concreto, sino que, más bien, dicha

consulta está dirigida a la definición y al alcance de lo dispuesto por el artículo 171 de la Constitución de la República.

El juez en su consulta, deja establecido "...ocurre que no existe precedente respecto a que por la aplicación del artículo 171 de la Constitución de la República, se analice las actuaciones de la comunidad La Cocha (...)", más adelante señala, "(...) puede existir una contraposición entre la norma Constitucional y tratados internacionales con respecto al derecho de la Fiscalía para seguir este tipo de actos en cumplimiento de la norma Constitucional, que dicho de paso a más del principio constitucional no existe desarrollado las competencias para la aplicación de la justicia indígena hecho que como en el presente caso ocasiona una incertidumbre".

Así, lo que pretende el juez consultante dentro del caso concreto es que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de los alcances del artículo 171 de la Constitución de la República, situación que implica realizar una acción de interpretación para fijar el direccionamiento del contexto del mismo respecto de los derechos constitucionales implícitos en dicho artículo, análisis que no es procedente realizar a través de la vía planteada, esto es la consulta de constitucionalidad de norma.

La Constitución de la República, en su artículo 436 numeral 1 señala: "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante", la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre la acción de interpretación constitucional establece: "Artículo. 155.- Legitimación activa.- Podrán solicitar dictamen de interpretación constitucional: 1. La Presidenta o Presidente de la República. 2. La Asamblea Nacional, por acuerdo del Pleno. 3. La Función de Transparencia y Control Social a través de su órgano rector. 4. La Función Electoral a través de su órgano rector. 5. La Función Judicial a través de su órgano rector. 6. Las personas que cuenten con el respaldo del cero punto veinticinco por ciento del registro electoral nacional", situación que deja ver que la vía planteada por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi no es la procedente.

Se concluye, que si bien el juez identifica los enunciados normativos a ser consultados, como son los artículos 33, 217 del Código de Procedimiento Penal, e identifica también los principios y reglas constitucionales que se presumen infringidos, como son los contenidos en el artículo 171 de la Constitución de la República; sin embargo, dicho juzgador no realiza una explicación y fundamentación clara, ni precisa la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, a más de no poder justificar la imposibilidad de continuar con el procedimiento en el hipotético caso de aplicar la normativa penal cuestionada.

¿Corresponde a la Corte Constitucional resolver una consulta de norma en la que se requiere el pronunciamiento de constitucionalidad de disposiciones infraconstitucionales derogadas?

Por otro lado y en aras de contestar al segundo problema jurídico planteado respecto de la consulta signada con el N.º 0036-10-CN, se establece que el Código Orgánico Integral Penal en su disposición derogatoria segunda señala: “Deróguese el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 del 13 de enero de 2000 y todas sus reformas posteriores”, lo que claramente determina que la materia de análisis que se propone a esta Corte se ha extinguido del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La derogación es, desde luego, un caso de cambio en los sistemas jurídicos por sustracción de normas³. Sobretodo en el ámbito de la teoría jurídica, es frecuente la afirmación que la derogación determina la invalidez de las normas derogadas⁴.

Entonces viene definida como una figura jurídica a través de la cual una ley posterior deja sin efectos una anterior, estableciéndose como derogación expresa, cuando esta se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación⁵, siendo el objeto siempre una norma jurídica; mientras que la derogación tácita consiste en la promulgación, no de una norma expresamente derogatoria, sino, más bien, de una norma que contradice otra anterior y que, por esa razón, la deroga⁶.

De esta manera, el Código Integral Penal dispone una derogación de carácter expreso sobre todas las normas que integraban el Código de Procedimiento Penal, entre ellas obviamente los artículos 33 y 217 que para el presente caso fueron materia de consulta por parte del juez tercero de garantías penales de Cotopaxi, por lo que es claro concluir que la Corte Constitucional no puede realizar examen de constitucionalidad de normas que ya no forman parte del ordenamiento jurídico vigente.

La sustancia del análisis de constitucionalidad viene a estar constituida en parte fundamental y primaria por la existencia de la norma jurídica a ser evaluada, ya que de ella parte la fundamentación argumentativa para su contrastación con la Constitución de la República, caso contrario no existiría punto de partida para realizar el control concentrado de constitucionalidad.

3 Alchourron y Bulygin, Análisis Lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Cita hecha por Mariana Gascón Abellán, Cuestiones sobre la derogación, Doxa 15-16, 1994, Pág. 845.

4 Hans Kelsen, en Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Bob Merrill Co., New York 1962, Cita hecha por Mariana Gascón Abellán, Cuestiones sobre la derogación, Doxa 15-16, 1994, Pág. 846

5 Gustavo Zagrebelsky, Derecho Constitucional, vol I, el sistema de la fuente, Giappichelli, Turín, 1990, p. 42.

6 Ricardo Guastini, Observaciones sobre derogación y Validez, Universidad de Génoba, p. 62.

En relación de lo mencionado en líneas anteriores, se establece que en virtud de la existencia de derogatoria expresa de las normas legales constantes en el Código de Procedimiento Penal por parte del Código Orgánico Integral Penal, la Corte Constitucional no puede realizar un control concentrado de constitucionalidad, por carecer de la materia de análisis. El juez consultante deberá ajustar sus actuaciones a lo establecido por la norma penal vigente.

Junto con lo mencionado, esta Corte estima pertinente hacer referencia a lo manifestado por el Pleno del Organismo en su sentencia N.º 001-13-SIO-CC dictada dentro de los casos N.º 0001-11-IO, 0002-11-IO, 0003-11-IO y 0004-11-IO acumulados, en lo referente a que no existe posibilidad de ejercer control de constitucionalidad respecto de disposiciones normativas que hayan sido previamente derogadas, a menos que estas continúen produciendo efectos jurídicos contrarios a la Constitución, particular que conforme lo manifestado en párrafos precedentes no tiene lugar en el caso *sub judice*, en tanto los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal fueron derogados expresamente por el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 180 del 10 de febrero de 2014.

La consulta de norma enviada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, dentro del control concreto de constitucionalidad, ¿cumple con lo exigido por la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las reglas interpretativas dictadas en la sentencia N.º 001-13-SCN-CC de la Corte Constitucional?

El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi consulta a la Corte si “...es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad”, situación que desnaturaliza el objeto de la consulta de norma que deben plantear los jueces ante el surgimiento de la duda razonable y motivada, ante la certeza, en cuanto de la contraposición de una norma jurídica con la Constitución de la República por lo que, es imposible realizar un análisis de constitucionalidad enfocado en este sentido, ya que no se formulan los elementos normativos que harían eventual contraposición con el texto constitucional. Además, dicha consulta, no cumple con lo señalado por los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que hacen referencia a la finalidad, objeto y procedimiento del control concreto de constitucionalidad.

Las normas legales citadas, además de lo preceptuado en el artículo 428 de la Constitución, determinan la excepcionalidad de la consulta de constitucionalidad. Es decir

que, para la correcta aplicación de la institución jurídica bajo análisis, el juez o jueza o en este caso el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, en conocimiento de determinado asunto jurisdiccional, previamente a recurrir a la consulta de constitucionalidad, debió agotar todas las posibilidades interpretativas que le permitan resolver un eventual conflicto jurídico de manera que para su criterio, se encuentre dentro de un escenario en donde se establezca una contradicción insalvable entre la norma fundamental y la prescripción normativa que pretende aplicar. Esto, excluye casos en que se presente una laguna jurídica, que deberá ser llenada por medio del principio de aplicación directa de la Constitución, en salvaguarda de los principios y garantías constitucionales.

En caso que, a criterio del juzgador, se presente al menos una duda, esta debe estar apoyada en argumentos claros y coherentes que solventen la eventual contradicción de la norma legal y su aplicación con la Constitución de la República; solo entonces, podrá solicitar la intervención de la Corte Constitucional, para que resuelva sobre la posible contradicción.

Dicha solicitud, además, debe demostrar el ejercicio intelectivo que llevó al juzgador a concluir que existe una contradicción insalvable; así, este deberá individualizar de forma clara y concisa, cual es la norma legal que tras su interpretación, franqueada con la Constitución y aplicada al caso concreto, considera tiene vicios de inconstitucionalidad, a fin de que la Corte Constitucional proceda a determinar el objeto de la acción (norma jurídica a ser analizada); además, debe identificar qué precepto constitucional se vulnera, con el objeto de que la Corte Constitucional identifique si efectivamente es un problema que le compete resolver (dado que no se puede plantear ante la Corte la solución de antinomias infraconstitucionales) y, sobretodo, identificar las razones que le llevaron a tener la certeza o la duda sobre la incompatibilidad constitucional de la norma consultada, así como su aplicación.

De esta manera, siguiendo la línea de análisis desarrollada, en base a las reglas interpretativas desarrolladas en la sentencia N.º 001-13-SCN-CC se procederá a contrastar el pedido de consulta realizado por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi:

Identificación de las normas consultadas

El juez consultante no identifica las normas cuya constitucionalidad se consulta, pues en su petición, hace referencia expresa a si “es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad”.

Se advierte que el Tribunal consultante, no presenta una disposición que contenga una norma jurídica, únicamente hace una mención de la solicitud de los procesados, respecto de si se puede juzgar por segunda ocasión a personas indígenas, pertenecientes a una comunidad indígena; sin embargo, nunca llega a determinar si dicha aseveración puede o fue extraída de una norma jurídica vigente, por ende, la consulta enviada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, adolece de falta de objeto, ya que en ningún momento plantea normas legales a ser analizadas.

Identificación de los principios o reglas constitucionales infringidos y motivación al respecto

El Tribunal fundamenta su consulta en la transcripción de disposiciones constitucionales, entre los cuales se refiere al artículo 171 de la Constitución, pero no da explicación sobre cual principio, regla o norma constitucional se ve afectada en el caso concreto. No realiza un alcance, en el sentido de relacionar los hechos con los principios constitucionales inmersos en la controversia, por lo que es indeterminado realizar un control abstracto de constitucionalidad sí, a más de no identificar la norma legal, no individualiza la disposición constitucional afectada.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha determinado:

En ejercicio del principio *iura novit curia* y para garantizar la tutela judicial efectiva, las juezas y jueces que en la sustanciación de una causa, reciban a petición de parte, una solicitud de consulta de norma para ante la Corte Constitucional, están en la obligación de analizar el contenido de dicho pedido, y solo luego de verificar la existencia de una duda razonable y motivada respecto a la inconstitucionalidad de una norma, remitir en consulta el Expediente a la Corte Constitucional, conforme los parámetros previstos en los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y reglas interpretativas dictadas por la Corte Constitucional en la sentencia 001-13-SCN-CC, de 6 de febrero de 2013⁷.

De la lectura de la providencia con la que se realiza la consulta, se puede advertir que la autoridad jurisdiccional decidió realizarla simplemente porque accedió al pedido de los procesados, sin que se realice un análisis argumentado de la posible contradicción entre normas legales y la Constitución, lo que no denota la fundamentación de una duda razonable por parte del juez al momento de solucionar la controversia, inclusive se advertiría un deslindamiento de su responsabilidad juzgadora, al no motivar su consulta.

Fundamentación sobre la relevancia de la consulta con respecto a la decisión del caso

La consulta realizada por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, lo que supone es una posible transgresión del artículo 171 de la Constitución de la República, dentro de la sustanciación del proceso, por lo que a pedido de las partes solicita la Corte resuelva sobre si: “es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad”, situación que como en líneas anteriores se ha manifestado desnaturaliza el objeto de la consulta de constitucionalidad, ya que en definitiva esta solo procede sobre normas jurídicas, cuando bajo la potestad que poseen los jueces de realizar dicha consulta, mantienen el presupuesto de la certeza o de la duda razonable y motivada, como elemento

sustancial para su procedencia; entonces, se concluye que es imposible realizar un análisis de constitucionalidad enfocado en este sentido, ya que no existen los elementos que hacen posible llevarlo a cabo, tales como, la identificación de las prescripciones normativas y la identificación de los principios, normas o reglas constitucionales transgredidas, situación que en el caso acarrea una falta clara de motivación en su exposición.

Consideraciones adicionales de la Corte Constitucional

Respecto al caso N.º 0036-10-CN

La Corte Constitucional en la sentencia N.º 113-14-SEP-CC, respecto del caso signado con el N.º 0731-10-EP, en el que el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo, respecto al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, señaló al resolver el problema jurídico: “¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?” que:

Para la Corte Constitucional es de particular importancia destacar que los dos informes especializados evidencian que la asamblea general de la comunidad, que ejerce la administración de justicia, solamente en los casos relacionados con la afectación a la vida, esto es, la muerte de uno de sus miembros que afecta la integridad y cohesión comunitaria, impone sanciones más drásticas⁸. Es únicamente ante la muerte que se aplica, a la vez, el castigo del baño con agua fría, la ortiga, el fuete, el cargar tierra o piedras en la plaza pública y los trabajos comunales...

En consecuencia, en el presente caso, queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento pre establecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad; por tanto, esta Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en el pueblos kichwa Panzaleo...

Con este análisis la Corte Constitucional resolvió:

8 Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.

2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.

Es decir verificó que en el caso concreto, las autoridades indígenas actuaron dentro de sus competencias constitucionales y legales, por tanto, cualquier proceso penal que pretenda investigar y sancionar a las autoridades indígenas por el legítimo ejercicio de competencias constitucionales es contrario a la Constitución de la República así como también a la decisión adoptada por el Pleno de la Corte Constitucional referida anteriormente.

Respecto al caso N.º 0006-11-CN

La Corte Constitucional en la referida sentencia N.º 113-14-SEP-CC el momento que dilucidó “... cuál es el contenido y alcance de las resoluciones adoptadas el 16 y 23 de mayo del 2010, con el propósito de establecer el bien jurídico que protege la justicia indígena y su relación, similitud o diferencia con el bien jurídico que protegen las decisiones de la justicia penal ordinaria”, determinó:

Encontramos que las autoridades y demás comisionados que participaron en el proceso, lo que conocen y deciden en relación a la muerte de Marco Antonio Olivo, no es, en estricto sentido, el grado de participación de Silvio Candelejo Quishpe y los cuatro involucrados en el hecho de la muerte, lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo comunitario. Esto se evidencia al evaluar el sentido y alcance de las sanciones adoptadas en la asamblea, a saber: la indemnización de cinco mil dólares que son donados a la organización UNOCIC para que sean invertidos en obras comunitarias; la prohibición del ingreso de grupos de “pandilleros” a las fiestas de la comunidad; la expulsión de la comunidad por dos años a los jóvenes con la obligación de los familiares de rehabilitarlos; las sanciones físicas y la sanción agravada al autor material del hecho...

Lo trascendente de lo comunitario para este pueblo es claramente verificable en la descripción de los elementos que componen el proceso jurisdiccional al interior de las comunidades indígenas kichwas Panzaleo. Existe una clasificación de la naturaleza de las acciones que tiene que ver con lo que consideran valioso desde el punto de vista comunitario: la familia, lo colectivo, vivir en comunidad; el carácter público y comunitario del proceso en todas sus fases que hace que diversos miembros de la comunidad participen en su desarrollo, en sus distintas fases: averiguación, deliberación, aconsejamiento, sanción, ejecución de la sanción, rito

de reconciliación o agradecimiento, así como la decisión final adoptada por la Asamblea Comunal y no por un juez o autoridad o persona en particular.

La noción de responsabilidad que en la justicia ordinaria es individual y subjetiva, en la justicia indígena adquiere una dimensión colectiva. En tal sentido, la responsabilidad de un acto no es adjudicable, únicamente, a quien realiza directamente la acción, sino que se extiende a quienes le acompañan, ayudan, alientan, y se amplía incluso a la familia del autor o autores, por fallar en su tarea de socialización o cultivo de las virtudes comunitarias, sin que esto sea equivalente a las nociones de “delincuente”, “cómplice” o “encubridor” que tipifica la normativa penal y que están ausentes en la justicia indígena, conforme se constata de los datos incorporados en los informes técnicos especializados.

Esta Corte encuentra y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad...

Más adelante, cuando resuelve el problema determina:

La Corte Constitucional advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en los *ius cogens*, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad...

Como consecuencia de esto, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tienen también la responsabilidad de precautelar el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra ella sea juzgado de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales y la ley...

Esta medida en nada afecta la existencia de un derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, derecho que tiene una amplia aplicación para el conocimiento y solución de los conflictos internos producidos entre sus miembros dentro de su ámbito territorial. El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, sin embargo, los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que los derechos que amparan a todas las personas, no son absolutos, lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador...

En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.

Este razonamiento sirvió de fundamento para que la Corte señale, en la *decisum* de la referida sentencia, que:

1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales... por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.

Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento.

De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios.

Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes.

Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.

Es decir, la Corte Constitucional sobre este patrón fáctico, señaló en la citada sentencia que no existió doble juzgamiento, toda vez que la justicia indígena cumplió con el deber de tutelar la dimensión colectiva del derecho, en tanto la justicia ordinaria juzga el bien jurídico vida considerado en su dimensión individual. De esta manera, el Pleno del Organismo dejó en claro que “[...] no se ha configurado el non bis in ídem o doble juzgamiento”.

Finalmente y en atención a las características particulares de estas consultas, la Corte procederá a realizar un control concreto de los casos puestos en conocimiento tal como lo hizo en la sentencia N.º 004-14-SCN-CC, dictada dentro del caso N.º 0072-14-CN, en tanto “[...] la consulta de norma dentro de los procesos constitucionales tiene una doble dimensionalidad, en la que existen efectos concretos, dentro de la causa consultada, y abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma [...]” razón por la cual, en atención al artículo 429 de la Constitución, en concordancia con lo establecido en el artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, procederá a realizar el control concreto en los casos consultados.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:

Sentencia

Aceptar las consultas de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, remitidas por el Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi y Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi.

De conformidad con lo establecido en el artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone:

2.1. En relación al caso 0036-10-CN, el archivo inmediato del proceso N.º 412-2010 que se sustancia en el Juzgado Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi y cualquier otro que se derive de los hechos del supuesto delito de plagio; debiendo informar a esta Corte sobre el cumplimiento de esta disposición, bajo prevenciones de lo previsto en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.

2.2. En relación a caso 0006-11-CN, se continúe con la tramitación de la causa signada con el N.º 2010-0143, que se sustancia en el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi.

Devolver los expedientes a los jueces de origen.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos de las señoritas juezas y señores jueces: Antonio Gagliardo Loor, Wendy Molina Andrade, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los jueces Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Tatiana Ordeñana Sierra y Manuel Viteri Olvera, en sesión extraordinaria del 11 de septiembre del 2014. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mvv/msb

Colaboradores/as

Colaboradores/as

MARÍA TERESA SIERRA, mexicana, Profesora e investigadora del CIESAS-México. El presente texto fue publicado en una primera versión en el libro “Justicia, diversidad y pueblos indígenas. Retos de la globalización”, editado por Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortíz y María Teresa Sierra, CIESAS-FLACSO-Ecuador, México 2011.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS, español, Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto.asier.martinezb@deusto.es

RACHEL SIEDER, inglesa, Profesora-investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en la Ciudad de México desde 2007 e investigadora asociada del Chr. Michelsen Institute de Bergen, Noruega y del Instituto de Estudios de las Américas de la Universidad de Londres. Tiene una maestría en Estudios Latinoamericanos y un doctorado en Ciencias Políticas por la Universidad de Londres. Sus áreas de investigación incluyen derechos humanos, derechos indígenas, movimientos sociales, derecho indígena, antropología jurídica, Estado y violencia.

Entre sus últimos libros se encuentra: ed. con John-Andrew McNeish, *Gender Justice and Legal Pluralities: Latin American and African Perspectives*, Routledge-Cavendish: Nueva York (2012); ed. con Line Schjolden y Alan Angell, *La Judicialización de la Política en América Latina*, CIESAS, México/ Editorial Universidad Externado de Colombia (2011); con Carlos Y. Flores, *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*. Guatemala: F&G Editores-Casa Comal-UAEM (2011); ed. con Javier Couso y Alex Huneeus, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press (2010); ed. con Line Schjolden y Alan Angell, *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, Nueva York (2005).

Actualmente coordina desde CIESAS un proyecto de investigación colectiva “Mujeres indígenas y acceso a la seguridad y justicia en América Latina” (en convenio con el Chr. Michelsen Institute, Bergen). Es miembro del consejo editorial internacional del *Journal of Latin American Studies* (JLAS) y *Latin American and Caribbean Ethnic Studies* (LACES).

FRANCISCO LÓPEZ BARCENAS, mexicano, Licenciado en Derecho. Maestro y doctor en Desarrollo Rural, ha desempeñado actividades de profesor, investigador, funcionario público y articulista del diario mexicano “La Jornada”. Asesor jurídico del Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, A.C. en el Estado de Oaxaca, México.

MARCO APARICIO WILHELM, español, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Girona. Miembro de la ADIDPI. Desarrolla su trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas desde 1998. Desde entonces, ha participado en numerosas actividades académicas y ha trabajado junto con organizaciones indígenas, en especial en México. Es miembro de la Comisión Civil Internacional de Observación por los Derechos

Humanos (CCIODH) y de la ONG catalana Juristes Solidaris. Ha participado en labores de asesoría en los recientes procesos constituyentes boliviano y ecuatoriano.

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL, mexicano, Abogado, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Miembro Fundador del Centro de Investigaciones y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes, A.C. (CIEMA). Ha publicado *El derecho como arma de liberación en América Latina* (1984), *El derecho que nace del pueblo* (2004), *Sociología Jurídica y Uso alternativo del Derecho* (1997), entre otros. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de México desde 1997.

RUTH SENI PINOARGOTE, ecuatoriana, licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, doctora en Jurisprudencia y Especialista Superior en Derecho Procesal.

Su carrera judicial es extensa y un reflejo de disciplina y perseverancia destacando como: ayudante del Juzgado V de lo Civil, Secretaria, Fiscal, Juez de lo Civil, Ministra de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, de la que fue su Presidenta en dos períodos, siendo la Primera Mujer en desempeñar estas funciones en el País. Así mismo fue Ministra de la Corte Suprema de Justicia, siendo también la primera mujer en ejercer tan alta magistratura, Directora de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado; Delegada Distrital del Consejo Nacional de la Judicatura de Manabí; Vocal del Tribunal Constitucional y actualmente Jueza de la Corte Constitucional.

Ha colaborado como Consultora Jurídica para la Comisión Ecuatoriana de Derecho y Ecología (2002); Consultora de la Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos (2003); Asesora Jurídica de la Red Juvenil de los Derechos Humanos ALDHU; Asesora Jurídica de la Red Juvenil de Derechos Humanos REJUDH (2004); Presidenta de la Confraternidad Jurídica “Andrés F. Córdova” de Manabí.

Académicamente fue Catedrática Principal por 26 años de la Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí, en las materias de Procedimiento Civil y Práctica Civil, Derecho Internacional Privado, así como Coordinadora Académica Docente en programas de Posgrados. Autora de las obras jurídicas: La deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro; El Derecho a la Honra y la Intimidad, Mecanismo de Defensa.; varios artículos publicados en la Revista de la Confraternidad Jurídica “Andrés F. Córdova”. También incursiona en el campo de las letras, de lo que dan fe sus libros: “Mi Rebelde Andar”, “Hubo más....” y Crónicas de Vida”.

Su vida profesional ha sido reconocida en varias ocasiones, destacándose las siguientes: Mención de Honor del Colegio de Abogados de Manabí, por ser la primera mujer Presidenta de una Corte de Justicia en el País (1989); Reconocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en su Informe al Congreso Nacional, por ser la primer mujer en ocupar esta dignidad (1996); Condecoración San Gregorio de Portoviejo, Medalla de Oro a la Ciudadana Distinguida por su destacada labor en el campo judicial a nivel Provincial y Nacional en el

año 2003 y posteriormente idéntica mención en el año 2010, ambas otorgadas por el Municipio de Portoviejo; reconocimiento otorgado por la Casa de la Cultura de Manabí “Eloy Alfaro Delgado”, por la Consagración como Gran Dama del Talento.

MARCELO JARAMILLO VILLA, ecuatoriano, Doctor en jurisprudencia y abogado de los Tribunales de la República del Ecuador; Máster en Derecho, con mención en derecho económico y derecho de mercado; Máster en derecho constitucional y, especialista en justicia constitucional. Además, tiene varios diplomados superiores, nacionales e internacionales, en Derecho Económico; Derecho Administrativo; Modernización y Gobernabilidad Democrática; Propiedad Intelectual; Gerencia Social y Parlamentaria; y, Planificación y Gerencia Pública. Sus estudios superiores, de pregrado y postgrado, en Ciencias Políticas y Jurídicas los realizó en: Universidad Central del Ecuador; Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Universidad Laboral de Gijón-España; Universidad Andina Simón Bolívar; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-Ecuador; INCAE y CEDAL de Costa Rica; Instituto del Banco Mundial en Washington D.C.; Instituto Tecnológico de Monterrey- México; Universidad Miguel de Cervantes de Chile; Universidad Nacional Autónoma de México UNAM; y, la Universidad de Castilla La Mancha-España.

Ha desempeñado cargos de responsabilidad como Director Nacional de la Juventud del M.B.S., Secretario Técnico de la Organización Iberoamericana de la Juventud; Diputado de la República, Secretario Técnico del Frente Social, Coordinador General Jurídico de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), y miembro de algunos directorios de instituciones y empresas públicas. También se desempeñó como coordinador del Tribunal Supremo Electoral; Asesor Parlamentario del Congreso Nacional en varias ocasiones; asesor de algunos gobiernos latinoamericanos en el diseño y evaluación de políticas públicas y programas a favor de la juventud, y consultor de agencias de cooperación internacional de Naciones Unidas como el PNUD y UNICEF. Actualmente es Juez de la Corte Constitucional del Ecuador. Desde 2008, junta su actividad profesional con la docencia en la Universidad Andina Simón Bolívar y en el Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN. Además, ha representado al Ecuador en eventos internacionales y ha sido expositor en importantes seminarios académicos. Entre sus principales publicaciones destacan: La fiesta una expresión cultural colectiva. Una aproximación a su reconocimiento y protección jurídica de los derechos de autor y derechos conexos (Convenio Andrés Bello, 2006); La Planificación y la Constitución de la República (Revista Novedades Jurídicas, 2009); El desafío de la construcción de las políticas públicas sobre la base de la participación y los consensos (Universidad Miguel de Cervantes, 2010); y, El ciclo de la política pública y la prestación de los servicios públicos con eficiencia y responsabilidad (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo UNAM, 2012).

MANUEL VITERI OLVERA, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, catedrático de la Universidad Estatal de Guayaquil y especialista en Procedimientos Constitucionales; obtuvo un diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales así como un Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. Actualmente es juez de la primera Corte Constitucional del Ecuador, y ha participado en varios eventos académicos

internacionales, como el II Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales y III Jornada Nacional Cubana de Criminología, en calidad de Delegado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador; 5ta Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional Santiago de Chile (2006), en calidad de Delegado del Tribunal Constitucional del Ecuador; Programa de Estancias de Estudios en el Poder Judicial de la Federación de México; Ciudad de México (Agosto del 2008); Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica, (realizado en Panamá en octubre de 2010).

Por su trayectoria de jurista y catedrático, ha recibido reconocimientos por parte de varias instituciones gubernamentales como de las Cortes Superiores de Justicia de Esmeraldas, Los Ríos y Manabí; de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador; Federación Nacional de Empleados Judiciales del Ecuador; Colegios de Abogados de las provincias del Guayas, Azuay, Los Ríos, Esmeraldas y Servidores Judiciales de Manabí. Finalmente, recibió una condecoración del H. Congreso Nacional con la Medalla Vicente Rocafuerte.

ALFREDO RUIZ GUZMAN, ecuatoriano, Abogado guayaquileño con un Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la Universidad de Guayaquil. Especialista en Procedimientos Constitucionales, Universidad de Guayaquil y Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Entre sus publicaciones están: “De la representación democrática a la participación ciudadana”, “Una Asamblea Nacional participativa”. Guayaquil, Editorial de la Universidad de Guayaquil, EDUQUIL, 2011, así como también “Avances en el régimen político en la Constitución de Montecristi”, en Análisis Nueva Constitución, Quito, ILDIS, 2008. Actualmente es Juez de la Corte Constitucional del Ecuador. Su vida académica está vinculada estrechamente a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, de la que llegó a ser el Decano que más tiempo ha desempeñado esa función en ciento cuarenta y cinco años de vida institucional, por voluntad reiterada de la comunidad académica. También ha sido Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Facultades de Derecho y Jurisprudencia. Su trayectoria académica y profesional ha sido reconocida en numerosas ocasiones de las que se pueden destacar: Premio Contenta, Universidad de Guayaquil, 1973, “Abogado del año”, Colegio de Abogados del Guayas, 2005.

SECRETARÍA TÉCNICA JURISDICCIONAL, Dependencia de la Corte Constitucional del Ecuador, que por mandato legal es uno de los órganos de apoyo de conformidad con lo previsto en los artículos 188, numeral 7 y 201 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.



Este número extraordinario de la Revista Umbral PLURALISMO JURIDICO (Tomas I y II), surge como resultado de la cooperación interinstitucional entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales, mediante la cual ambas instituciones se comprometen a fomentar y promover el debate jurídico, e impulsar publicaciones conjuntas. Es así que Ágora, Revista de Ciencias Sociales, suma sus esfuerzos a la Revista Umbral para dedicar este número extraordinario a profundizar la comprensión del pluralismo jurídico.

El recorrido por los diversos artículos que conforman estos tomos, permite mirar la profundidad y el pulso de los debates que constituyen, hoy por hoy, el mapa del pluralismo jurídico en los estudios sobre América Latina. Muestra también, las líneas de contacto que se detectan y los diálogos abiertos por las reflexiones de autores, que desde diferentes latitudes, están desarrollando investigaciones con los insumos teóricos provistos por esta perspectiva, y aporta con una muestra de su concretización en la práctica jurisdiccional latinoamericana. Además, recoge la presentación de cuatro sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, que se anexan a este número, como evidencia de las prácticas jurisdiccionales más recientes sobre el tratamiento del pluralismo jurídico en el país andino de modelo plurinacional; sentencias en las que se despejan una serie de puntos críticos en cuanto al derecho sobre la interculturalidad y la aplicación del derecho indígena y el estatal, cerrando así una etapa embrionaria en cuanto a la construcción de una línea divisoria respecto a los límites y alcances de su administración.