

ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DEL ESTADO, FRENTE AL EJERCICIO DE LA INTERCULTURALIDAD

Caso La Cocha, a partir de la Sociología Jurídica Crítica

ANALYSIS OF THE POSITION OF THE STATE, IN FRONT OF THE EXERCISE OF INTERCULTURALITY

La Cocha Case, based on Critical Legal Sociology

ANÁLISE DA POSIÇÃO DO ESTADO, FRENTE AO EXERCÍCIO DA INTERCULTURALIDADE

Caso La Cocha, a partir da Sociologia Jurídica Crítica

*Paula Verdugo Ferretti**

Enviado: 01/12/2016

Aceptado: 20/12/2016

Resumen:

El artículo analiza a partir de la visión crítica de la Sociología Jurídica, la sentencia constitucional de La Cocha, caso paradigmático que define la posición jurídica estatal frente al ejercicio de la interculturalidad y plurinacionalidad. La Corte Constitucional limitó la competencia material de la Justicia indígena jerarquizando la justicia ordinaria, y estableciendo una regla general para los casos de delitos contra la vida de competencia exclusiva de aquella. Frente a lo cual se sostiene que en un Estado plurinacional e intercultural como el Ecuador, el control de constitucionalidad debe hacerse en cada caso, respetando y garantizando los derechos consagrados en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos, interpretados interculturalmente.

Palabras clave: Plurinacionalidad, Interculturalidad, Sociología Jurídica Crítica, La Cocha, Control de constitucionalidad.

Summary:

This article analyzes from the critical view of the Sociology of Law, the sentence of La Cocha, a paradigmatic case that defines the legal position of the state about the exercise of the interculturality and plurinationality. The Constitutional Court had restricted the subject matter jurisdiction of the indigenous justice creating a hierarchy to the ordinary justice system and establishing a general rule of exclusive jurisdiction for cases of offenses against human life. Against

which it is argued that in a plurinational and intercultural state as Ecuador, judicial review, must be made in each case, respecting and ensuring the rights enshrined in the Constitution and in international human rights law, interpreted interculturally.

Key words: Plurinationality, Interculturality, Critical Sociology of Law, La Cocha, judicial review.

Resumo:

O artigo analisa a partir da visão crítica da Sociologia Jurídica, a sentença constitucional de La Cocha, caso paradigmático que define a posição jurídica estatal frente ao exercício da interculturalidade e plurinacionalidade. A Corte Constitucional limitou a competência material da Justiça indígena hierarquizando a justiça ordinária, e estabelecendo uma regra geral para os casos de delitos contra a vida de competência exclusiva daquela. Frente ao qual se defende que num Estado plurinacional e intercultural como o Equador, o controle de constitucionalidade deve ser feito em cada caso, respeitando e assegurando os direitos consagrados na Constituição e no direito internacional dos direitos humanos, interpretados de forma intercultural.

Palavras chaves: Plurinacionalidade, Interculturalidade, Sociologia Jurídica Crítica, La Cocha, controle de constitucionalidade.

* Doctora en jurisprudencia y abogada de los Tribunales de Justicia por la Universidad del Azuay. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Estudiante regular del programa de cursos para Doctorado UBA.

INTRODUCCIÓN

Los trabajos interdisciplinarios siguen siendo escasos en el Ecuador. Aun cuando en nuestro medio, existan numerosos estudios en ciencias sociales, así como jurídicos, no es frecuente su confluencia. En esa línea, este artículo, utilizando como herramienta la Sociológica Jurídica Crítica, analiza la sentencia de La Cocha, emitida por la Corte Constitucional, que devela la posición jurídica del Estado respecto al ejercicio de la interculturalidad y plurinacionalidad.

Para este efecto, se lo ha dividido en cuatro partes. La primera: Antecedentes, contiene una descripción breve del contexto socioeconómico de La Cocha, así como del caso. La segunda, incorpora un marco conceptual sobre: i) la Sociología Jurídica Crítica, por ser la que se ocupa del estudio de las clases históricamente marginadas en la Sociedad, en este caso, los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, escuela que

cuestiona, critica y busca cambiar una realidad social que discrimina y mantiene las desigualdades y el colonialismo interno, y ii) el Estado plurinacional e intercultural, y de cómo repercute en la concepción del derecho, las instituciones y el mismo modelo de Estado, siendo uno de sus pilares la justicia indígena.

La tercera parte del artículo desarrolla el marco jurídico para el estudio de la sentencia que incluye el derecho propio de La Cocha. En la cuarta parte, finalizamos, con el análisis de la sentencia de la Corte Constitucional, sobre la acción extraordinaria de protección No 0731-10-EP, presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo (hermano del fallecido), a través de la cual se realiza el control de constitucionalidad sobre las decisiones de la justicia indígena adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena La Cocha, el 16 y 23 de mayo de 2010. Caso de competencia material de la jurisdicción indígena.

ANTECEDENTES

Contexto socioeconómico de la comunidad de la cocha:

La comunidad La Cocha está situada al noroccidente de la ciudad de Latacunga, capital de la provincia de Cotopaxi, sierra-centro del Ecuador, es parte del pueblo indígena Panzaleo. En julio de 1967, se constituyen como tal, adquiriendo su personería jurídica como comuna. Hoy en día la comunidad La Cocha está integrada por 14 sectores o comunidades, las cuales forman la Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de La Cocha (UNOCIC) (Llasag 2012, 323-326).

Sus tierras son áridas y secas, no cuentan con agua de riego. Las vías al interior de la comunidad, son construidas por las mingas que realizan. Son ocho mil habitantes aproximadamente (dato estimativo, según dirigentes y miembros de la comunidad, no hay registro oficial). El clima es frío, en invierno las bajas temperaturas matan los cultivos. Cultivan cebada, habas y papas. Existe alto nivel de emigración interna, en especial de jóvenes. No todos gozan del servicio de agua entubada. Cuentan con servicio de energía eléctrica

desde hace veinte años. No tienen señal de televisión y escuchan principalmente Radio Latacunga. No cuentan con servicio de salud pública del Estado (centro de salud más cercano situado en una diferente parroquia). Tienen una escuela (Llasag 2012, 324).

Descripción del caso:

El 9 de mayo de 2010, durante una fiesta en la parroquia de Zumbahua, muere de asfixia por estrangulamiento Marco Antonio Olivo Pallo, perteneciente a la comunidad de Guantopolo. La competencia para conocer el caso, radicó en las autoridades de la comunidad La Cocha¹ por acuerdo de las partes, y de las autoridades de las comunidades de Guantopolo y de La Cocha, quienes participaron conjuntamente en el proceso de investigación, juzgamiento y sanación de los 5 culpables, 4 en calidad de cómplices y uno como autor, señalados como los “rockeros” de Guantopolo.

La Fiscalía al considerar que las autoridades indígenas no tenían competencia para conocer y resolver casos graves, inicia un proceso penal para determinar la

¹ La asamblea general de La Cocha, en el 2002 aplicando su derecho propio, juzgó un caso de asesinato, aun cuando también fue conocido por la justicia ordinaria, los autores nunca fueron detenidos, la causa penal prescribió, y hoy conviven con su comunidad.

existencia del delito de asesinato y sus responsables, el juez ordena la prisión preventiva en contra de los cin-

co procesados quienes son trasladados a una cárcel de Quito, y dicta auto de llamamiento a juicio.

MARCO CONCEPTUAL

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA, plantea que el derecho depende de la sociedad, la cultura y el respaldo de otros sistemas normativos no jurídicos, más que de la coacción y legitimidad de la ley, y reivindica que solo es posible modificar la realidad a partir de su conocimiento, lo que requiere de una labor descriptiva, explicativa y predictiva, ámbito de la Sociología Jurídica. (Fucito 1999, 15-17).

LA SOCIOLOGIA JURIDICA CRÍTICA: Se centra en el estudio de la contradicción entre el derecho formal, y la realidad económico social, comprometida con el cambio de la realidad social más que con su descripción objetiva, denunciando la discrepancia aguda entre la declaración de los derechos y su materialización, sociología que se dirige a los desprotegidos por el derecho, y los marginados socialmente (Fucito 1999, 321-322).

Muestra también la coexistencia de un Derecho oficial y no oficial (“derecho vivo”), y de un pluralismo jurídico. Derecho oficial cuyos cambios se deben al conflicto hegemónico entre grupos y clases “[...] conjunto articulado de técnicas de generalización, trivialización, neutralización, represión y exclusión de las múltiples tensiones que mantienen los conflictos en estado de relativa latencia” (Fucito 1999, 321 en Faría 1998, 13).

En ese contexto, en el Ecuador, los más pobres del país siguen siendo los indígenas y afroecuatorianos, clase históricamente marginada “[...] los datos de pobreza calculada en base a necesidades básicas insatisfechas, dan cuenta de una reducción de la pobreza en la población indígena entre el 2008 y 2009, del 75% al 70%” (Ponce y Acosta, 2010:6). El promedio de analfabetismo del país es de 6,8%, en la población indígena es de 20,4%, y en el caso de mujeres indígenas llega al 26,7% (INEC: Censo de Población y Vivienda 2010). De la población indígena ocupada el 11,3% está en el sector formal, mientras el 78,1% en el sector informal. El 46,4% de las personas que trabajan tienen nivel de instrucción primaria, el 18,3% no tiene ningún nivel de instrucción, mientras el 3,7%, tiene un nivel superior universitaria (INEC: ENEMDU Junio 2012).

De su parte, J. Arnaud, sostiene que aun cuando la idea de una racionalidad jurídica a priori y universal resulta ilusoria, se puede hablar de una razón jurídica, y definir las condiciones y los límites de su validez. Desarrollando este concepto señala que todo derecho, es el reflejo de una visión del mundo, protegida a través del poder; dentro de la vida social y económica, se forman reglas de atribuciones, imperativas o prohibitivas, destinadas a asegurar la realización de esa visión. El derecho es sistemático y se ordena alrededor de una razón, que puede materializarse en una norma fundamental jerárquicamente superior a las otras (Arnaud 1981, 17-22).

En este caso en el Ecuador se dio un cambio de razón jurídica, en parte provocado por las comunidades indígenas, históricamente excluidas, que en los años 90, fueron el actor social más importante, en contra de un Estado y derecho neocolonial y monocultural, y de otro, la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, proceso que concluye con la aprobación de la Constitución plurinacional e intercultural del 2008 (Llasag 2014, 301-305). Debiendo por mandato constitucional, el resto del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia responder a ese cambio, bajo pena de ineficacia jurídica.

Estado plurinacional e intercultural:

Nuestra Constitución al declarar que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico [...]”, (Art. 1), plantea un nuevo modelo de Estado diverso, equitativo, descolonizador, producto del Neoconstitucionalismo andino, que rompe con el paradigma del Estado neoliberal, cuestionando, reformando y transformando sus instituciones y organizándolas a fin de realizar la justicia social (Ávila 2008, 76).

La plurinacionalidad obliga a dejar atrás la noción del Estado-nación, creando mecanismos que promuevan y protejan la diversidad, entendida como la autode-

terminación de los pueblos y reconocimiento de sus autoridades, derechos e instituciones que coexisten en igualdad de condiciones con las de otros, dentro de un Estado unitario. Presupone la participación de las nacionalidades en las distintas instancias del poder, y la construcción democrática incluyente de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, necesaria para superar el racismo que ha vivido el Ecuador desde sus orígenes, como “(la) más profunda y eficaz forma de dominación social, material, psicológica y por cierto política” (Acosta 2009, 16), que ha incidido en problemas estructurales como la pobreza.

La interculturalidad por su parte, eje transversal en la Constitución, como termino relacional, implica una oportunidad de aprendizaje mutuo, cooperación y coordinación en medio de la diversidad. Interacción de naciones, culturas y percepciones en un marco de igualdad y respeto de la cultura diversa, pero también común “[...] no existirá interculturalidad, si no hay una cultura común, compartida, producto de cómo cada sociedad organiza su convivencia plurinacional [...] lo importante en el constitucionalismo intercultural es que si hay diferencias, el objetivo no es un con-

senso por la uniformidad sino un consenso por sobre el reconocimiento de las diferencias [...] las diferencias exigen instituciones apropiadas, las semejanzas exigen instituciones compartidas” (Santos 2009, 38-42).

De ahí que al reconocer constitucionalmente que el Ecuador es un Estado intercultural significa rescatar, valorar, y aprender de culturas diversas históricamente marginadas, y la coexistencia y puntos de encuentro entre todas.

Expresión del constitucionalismo intercultural, plurinacional y pluricultural, sostenido por Santos, que indica que siempre estuvo vigente pero invisibilizado por la sociedad dominante, saliendo a la luz por la acción de las comunidades y pueblos indígenas, lo que provocó su choque con el constitucionalismo moderno que responde al modelo del Estado monocultural. Diferenciándose de este último por ser experimental, equiparar lo simultáneo y lo contemporáneo instituir el pluralismo jurídico, el reconocimiento recíproco, la continuidad con el fin de asegurar una justicia histórica, y la idea de que las cosas deben ser consensuadas (Santos 2007, 11-16).

MARCO JURÍDICO

Nuestra Constitución reconoce y garantiza los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre estos, el derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales (Art. 57.1), exclusión del racismo y de toda forma de discriminación (Art. 57.2); “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales...” (art. 57.10); y otorga facultad jurisdiccional a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres, fijando como único límite de competencia material: la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, con la obligación estatal de respetar y garantizar las decisiones de la jurisdicción indígena, sujetas al control de constitucionalidad, y encargando a la ley establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria” (Art. 171).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la Corte Constitucional deberá respetar acerca de las decisiones de la justicia indígena: la interculturalidad, pluralismo jurídico, y, máximo de autonomía y mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (Art. 66). Capacidad de ejercicio jurisdiccional reforzada por el Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, donde establece como uno de los principios de la justicia intercultural, el non bis in idem (Art. 344 c).

En conclusión el Ecuador adopta un sistema de pluralidad jurídica, establece igual jerarquía entre la justicia ordinaria y la indígena, fortalece y respeta esta última, resultado de un Estado plurinacional e intercultural, y del deber primordial de garantía y respeto de los derechos constitucionales (Art. 3.1 y Art. 11.9 CRE), de modo que la Justicia indígena es uno de los elementos principales en la construcción de un Estado plurinacional.

Así como el Convenio 169 de la OIT², en el Preámbulo establece medidas para que los pueblos indígenas **asuman por sí mismos** “[...] el control de sus propias instituciones y formas de vida... (para) mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Convenio que incluye el reconocimiento del derecho consuetudinario y los procedimientos para solucionar conflictos siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales establecidos en la normativa nacional y derechos humanos internacionalmente reconocidos (Arts. 8.2 y 9.1).

Derecho propio de la Cocha

Los principios de la Justicia indígena son: “Alli Kawsay o el bien vivir en comunidad–ayllukuna pura (entre familias); ser APANAKUNA: Ser llevados–tolerarse y buscar una relación amistosa y armónica con el entorno: LLakta(Pueblo)–Ayllu (familia)–Pachamama (Madre Naturaleza) y Pacha (Divinidad); con el fin de comportarse bien o respetarse – KASUNAKUY (Respeto, comportarse bien); y, llegar al SUMAK KAUSAY o el ‘buen vivir’” (Torres 2012, 12), este último, principio fundamental recogido en nuestra Constitución

Cuentan con autoridades propias: 1) las tradicionales: los mayores, padres, padrinos, hermanos mayores, que resuelven casi todos los conflictos familiares y de pareja, 2) autoridades electas, que integran el cabildo, lo que no resuelven las autoridades tradicionales lo conoce el cabildo; 3) Asamblea general, integrada por todos los miembros de la comunidad, o comunidades, es la máxima autoridad por tanto conocen los casos más graves (Llasag 2012, 334-337).

En cuanto a su procedimiento es preestablecido y conocidos por todos, se compone por: willachina o comunicación/ruego (la justicia indígena se activa a petición de la víctima); tupuykuna o investigación de la autoridad; Kishpichirina o resolución; y finalmente paktachina y chikiyashka o ejecución de la resolución. Toda desgracia concluye con el perdón y la aceptación de la responsabilidad del imputado, siendo clave la búsqueda de arreglo solución del conflicto (Llasag 2012, 338-340). Procedimiento utilizado en el presente caso, según acta de la comunidad.

La justicia indígena previene y cura, su objetivo es sanar e incorporar a la persona a la comunidad, utilizando la vergüenza como medida de prevención. No existe la infracción sino que para ellos es una tristeza, desgracia, llaki, enfermedad, que no solo aflige a quien lo comete, sino a la familia, comunidad, naturaleza, rompiendo el principio de armonía (Llasag 2012, 329). Las formas de reparación para reestablecer la armonía, son diferentes y cada una tiene un significado. De ahí que la expulsión de la comunidad sea la sanción más grave, tomada de manera excepcional.

En el presente caso, la asamblea general comunitaria decidió aplicar sanciones similares a las que aplicaron en el caso del 2002. Para los cuatro cómplices: 1) indemnización de cinco mil dólares a favor de la familia del fallecido, quienes la donaron a la UNOCIC para la compra de equipos y materiales en beneficio de la comunidad; 2) prohibición de ingreso a fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por 2 años; 3) expulsión de la comunidad y la parroquia Zumbahua, por dos años y responsabilidad de los familiares en su rehabilitación; 4) Baño de agua y ortiga por treinta minutos; 5) cargar un quintal de tierra desnudos y dar la vuelta a la plaza central de la comunidad; y 6) recibir un castigo/latigazo por cada uno de los dirigentes de las comunidades; 7) Perdón público ante la asamblea por parte de los involucrados lo cual se cumple; 8) compromiso de las partes involucradas y los familiares ante la asamblea, a respetar y acatar fielmente lo resuelto por la comunidad como justicia indígena.

Las Sanciones para el autor: 1) recibir fuetes/latigazos por parte de los dirigentes; 2) Vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra desnudo; 3) pedido de perdón a los familiares del fallecido y a la asamblea general; 4) baño con agua y ortiga por cuarenta minutos; 5) tenderse en la mitad de los palos y recibir consejos por parte de los dirigentes; 6) trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación por parte de los dirigentes de las 24 comunidades y los dirigentes de Guantopolo; 7) pago de una indemnización de \$1.750.00 dólares a la madre del fallecido. Concluyendo que *“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*

2 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes suscrito por el Ecuador en Ginebra de 1989, aprobado y ratificado en 1998.

tanto para los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que

subsano y la tranquilidad la paz y la armonía se ha establecido [...].”³

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El voto de mayoría de la Corte Constitucional, resuelve la consulta sosteniendo que no se vulneraron los derechos constitucionales por parte de ninguna autoridad sea indígena u ordinaria, y que las autoridades indígenas están habilitadas y son competentes para resolver los conflictos internos en sus territorios. Aclara que la Asamblea General Comunitaria “[...] 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...entre los directamente responsables y sus respectivas familias [...]”, en cambio señala, la justicia penal ordinaria actuó bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar la responsabilidad individual de los procesados en esa muerte, por lo que concluye no se ha configurado el doble juzgamiento, prohibido constitucionalmente. En base a ello, establece reglas obligatorias de aplicación general:

“a) 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”⁴.

Además determina que las autoridades de la justicia penal ordinaria, en casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, e impone a los medios de comunicación, la obtención previa de la autorización de las autoridades indígenas para la difusión de los hechos

asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos ordenando la traducción y difusión de la sentencia.

El voto salvado (sin contar con respaldo de otro juez), declara que no existió vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica en las decisiones de justicia indígena adoptadas por la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, la que aplicó los Arts. 171 de la Constitución de la República, y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Declara la vulneración del derecho constitucional de no re victimización (Art. 78 de la Constitución) del señor Víctor Manuel Olivo Palio y su familia. Como medidas de reparación integral dispone que las autoridades judiciales ordinarias 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 Palio en aplicación del derecho propio, por lo que les corresponde archivar los procesos correspondientes a fin de evitar un doble juzgamiento”⁵, imponiendo a los medios de comunicación al emitir noticias relacionadas con justicia indígena que eviten toda desnaturalización o estigmatización del significado del proceso de justicia indígena, estando obligados a aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad de la información, ordenando la traducción y difusión de la sentencia.

De lo transcrito podemos hacer las siguientes observaciones:

Del control político:

El control que realizó el voto de mayoría de la Corte fue político, no jurídico. Las decisiones en el ámbito jurídico, se fundamentan en normas vigentes en el sistema jurídico, en cambio en el control político, esa

³ Voto salvado, pág. 40-41.

⁴ Sentencia Nro. 0731-10-EP, Voto de mayoría, págs. 34-35

⁵ Voto salvado, pág. 74

decisión toma en consideración el impacto que genere en la opinión pública, así como dentro de un programa de gobierno. En este caso, no se resolvió conforme a la normativa analizada, que garantiza el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones, aplicando su derecho propio, y prohibiendo el doble juzgamiento. Sobre la justicia indígena, el Presidente de la República había señalado que creía debía estar reservada para las infracciones de menor gravedad⁶. De otro lado, el tratamiento mediático recibido, reforzó como bien lo reconoce la sentencia en estudio, los estereotipos y concepciones negativas de la justicia indígena.

Si bien en principio el control político se traduce en un instrumento para debatir y tratar las principales preocupaciones de la sociedad, para Santos, la justicia indígena es cuestionada, porque pone en tela de juicio tres principios del derecho moderno eurocéntrico, a lo que añadimos, son cuestionamientos políticos: **1) Principio de soberanía:** solo el Estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho, producto de la consolidación del Estado moderno (una sola nación, cultura, sistema educativo, derecho). Sobre este punto, el voto de mayoría deja claro y refuerza el monopolio que ostenta el Estado para resolver los casos penales graves; **2) Principio de la unidad del derecho:** el derecho solo tiene una fuente, homogeneidad del derecho, concepto endeble a la luz de nuestra Constitución que consagra la pluralidad jurídica, cuyo reto como en este caso, es ir creando mecanismos de cooperación y coordinación, como pasa en la práctica, donde la coexistencia de ambas justicias se viene desarrollando tiempo atrás; **3) Principio de la autonomía del derecho,** campo específico de la regulación social, dotado de lógica propia, como forma de mantener el monopolio en la producción del derecho y en la administración de justicia, lo que es cuestionado por la teoría jurídica crítica y la sociología del derecho, al señalar la existencia de factores políticos, económicos y culturales que condicionan la producción y aplicación del derecho (-Santos 2012, 18-22).

Limitación de la competencia material:

Si bien el voto de mayoría, reconoce al Ecuador como Estado plurinacional, intercultural y unitario, y determina que las autoridades indígenas están facultadas

para conocer y resolver sus conflictos y aplicar su derecho propio, a la vez restringe su competencia material, pues quedan prohibidas para “[...] conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona” (facultad exclusiva del derecho ordinario).

Su fundamento es que la justicia indígena no juzgó ni sancionó la afectación al bien jurídico vida, en tanto bien jurídico protegido por la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y principios contenidos en los *ius cogens*, siendo una obligación estatal establecer un sistema de protección que investigue, juzgue y sancione cualquier agresión a la vida, sin importar la raza, sexo, religión o pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena del agresor y/o del agredido, no solo en tanto derecho objetivo (subsana el impacto social), sino también en tanto derecho subjetivo (inherente de cada persona), evitando la impunidad y garantizando que la respectiva sanción recaiga en la responsabilidad del autor.

El hecho de basarse en una dimensión subjetiva de los derechos y de las responsabilidades, es una visión jurídica eurocéntrica y liberal, noción de responsabilidad individual y subjetiva, incompatible con la dimensión colectiva de la justicia indígena, que va en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad, la persona no puede concebirse aislada sino como parte de una familia, y en sentido extendido de la comunidad (Torres 2012, 50). Sistema jurídico igualmente legítimo que el ordinario, por tanto debía ser reconocido y respetado en condiciones de igualdad, consecuencia del Estado plurinacional e intercultural y del pluralismo jurídico, sin desconocer la subordinación de las dos justicias a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que en lo que habría que trabajar es en los problemas de interpretación que puedan presentarse.

Para resolverlos, Santos propone tres condiciones necesarias: **1) Los tribunales constitucionales deben conformarse por expertos en ambas justicias.** En el caso del Ecuador, todos sus miembros son mestizos. La función de los magistrados no es neutra, sus ideologías políticas, y características, sociales, económicas familiares, y religiosas, influyen en sus decisiones, por ello,

⁶ Periódico El Telégrafo, Quito, 30 de agosto de 2013, en <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/informacion-general/item/correa-pide-a-cc-definir-alcance-de-justicia-indigena.html>, revisado el 14/10/14.

la importancia del sistema de formación y selección de los magistrados, así como la posibilidad de dotarles de conocimientos culturales, sociológicos, que les permitan un distanciamiento crítico de sus propias concepciones (Sousa, 1989:51-53); **2) Desarrollar mecanismos de traducción intercultural que permitan interpretar la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos interculturalmente**⁷, a lo que agregaría el derecho propio de cada comunidad, así como los principios que los sustentan. Si bien en este caso, se contó con dos peritajes antropológicos, cuyas conclusiones coinciden en que se aplicó la justicia indígena, la que debe respetarse por estar enmarcada en la Constitución y Tratados Internacionales, la Corte Constitucional en su resolución decide limitar su competencia material y ordenar un doble juzgamiento; y **3) Evitar que la omisión y el silencio se conviertan en formas insidiosas para resolver los conflictos constitucionales**, en este caso la Corte Constitucional demoró más de 4 años para dictar sentencia, contraviniendo el Art. 428 de la Constitución que fija un plazo de cuarenta y cinco días para resolver la consulta, lo que afecta negativamente a la decisión (Santos 2012, 40-44).

Además se desconoce que el derecho propio forma parte de la vida comunitaria y familiar de la comunidad, como expresión del principio de autonomía interna de los pueblos indígenas, vital para su existencia, y despoja a las víctimas del derecho a recibir justicia bajo sus principios, costumbres y tradiciones, quienes como señala el voto salvado, fueron revictimizadas por los operadores de justicia ordinaria y los medios de comunicación⁸.

No toma en cuenta los beneficios de la justicia indígena:

La justicia indígena ha demostrado ser más humana y efectiva en el mantenimiento de la paz social dentro de sus comunidades, que la justicia ordinaria, provista de una serie de ventajas como: la oralidad,

inmediación y comprensión del conflicto, sumaria y de solución restauradora.

En ese sentido, Ramiro Ávila, compara la justicia penal y la justicia indígena y estudia los efectos que experimentaron los actores en el caso La Cocha, señalando que ninguna es perfecta pero que la “menos mala” es la justicia indígena, porque, según los actores del conflicto, favorece la reparación, produce menos daños personales y comunitarios, es rápida y genera resultados. En la justicia ordinaria, el Estado y la sociedad, consideran la cárcel como forma principal de castigo, y solución a los conflictos en el ámbito penal. La cárcel lejos de ser un lugar de corrección y rehabilitación, ha significado un lugar de exclusión social, segregación punitiva para los privados de la libertad, produce efectos irreversibles, y es degradante para el ser humano⁹. Las víctimas en el proceso penal ocupan un rol secundario, siendo inaccesible e incomprensible para la mayoría de los usuarios, sin que la cárcel haya demostrado ser efectiva en la rehabilitación de los internos. Para las comunidades indígenas, la cárcel no está entre sus sanciones, por considerarla que atenta contra dos de sus principios, no mentir en relación con el tema de admitir responsabilidad en el cometimiento de la infracción, y no ser ocioso (Ávila 2013, 1-9).

Desde el punto de vista normativo, el Art. 171 de la Constitución, fija como únicos límites a su aplicación: los derechos humanos y tratados internacionales, encargando al legislador que regule los mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas justicias, sin que faculte a la ley o a la Corte Constitucional limitar, o restringir los derechos de estos pueblos y nacionalidades, en armonía con el Art. 11.8, *ibidem*, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva y será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

7 Santos propone la reconceptualización de los derechos humanos como multiculturales, a través de un diálogo e interpretación intercultural, en condiciones de igualdad que permita compartir, rechazar, ser apropiado o modificado por otras culturas. Diálogo a partir del reconocimiento de las recíprocas incompletitudes y debilidades de cada cultura, utilizando para ello la hermenéutica diatópica, basada en la idea de que no es posible comprender una cultura desde los *topoi* de la otra (lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes no sujetos a debate). Los *topoi* de una cultura individual, no importa lo fuertes que sean, son tan incompletos como la propia cultura. (Santos 2012, 151-158).

8 Voto salvado, pág. 70

9 La cárcel para los acusados es “como un túnel y genera un trauma psicológico que nunca se olvida, además te separa de la comunidad, aísla, hay violencia sexual y física, se come mal, no se duerme... En la justicia indígena, el dolor es físico y se olvida en semanas, las comunidades perdonan y reintegran” (Ávila, 2013:8-9)

Coincidimos con el criterio expuesto en el voto salvado sobre el respeto de las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, y el archivo de los procesos iniciados sobre este caso en la justicia ordinaria, por considerarlas como un doble juzgamiento, lo que también está prohibido expresamente por la normativa analizada.

Tanto el voto de mayoría como el voto salvado interpretaron interculturalmente las sanciones aplicadas en el presente caso, reconociéndolas como parte del derecho propio de la comunidad, señalando que no atentan contra los derechos humanos.

Control de constitucionalidad al caso concreto:

Esto permite un periodo de experimentación, y adaptación, partiendo de las formas de coordinación y cooperación que se dan en la práctica, como las Fiscalías Indígenas. La comunidad La Cocha por su parte, envía a la justicia ordinaria los casos de reconocimiento de hijos y alimentos, por la dificultad que se les presenta cuando no hay acuerdo; en los casos de robo coordinan con la policía para cerrar las vías y localizar al infractor, y en casos de herencia y partición, firman un acta y la llevan ante Notario Público para su protocolización (Llasag 2012, 346-347). Como nota importante, solo 1 de las 20 comunidades indígenas de la Sierra Centro conoce y resuelve asesinatos o casos de muerte, el resto lo derivan a la justicia ordinaria (Torres 2012, 36).

No se trata de una justicia indígena sino que dentro del Ecuador se aplican diferentes justicias indígenas, y si bien tienen rasgos comunes en la sierra centro del país (según peritaje de Pedro Torres), cada una aplica su derecho propio, según sus costumbres y tradiciones, lo que hace necesario un control de constitucionalidad en cada caso.

La justicia indígena, se activa únicamente a petición de parte, tema analizado por el voto salvado, lo que podría generar, tolerancia, invisibilización e impunidad de delitos que atentan contra los derechos humanos, siendo necesario un control de constitucionalidad sobre las decisiones que tomen las autoridades indígenas en cada caso.

Ahondando más en este punto, el relativismo cultural encubre violaciones a los derechos de las mujeres, niñez y adolescencia, sin considerar que la tutela de los derechos humanos parte de la existencia de atributos inviolables del ser humano, de esferas individuales que ni el Estado, ni comunidad o persona alguna pueden vulnerar, siendo una obligación estatal promover de forma prioritaria el desarrollo integral y asegurar el ejercicio y goce pleno de los derechos de todas las personas.

De ahí que se deba denunciar y acabar con prácticas culturales que reproduzcan la violencia y discriminación contra las mujeres, tomando en cuenta que la violencia contra la mujer es producto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, pero a la vez proteger aquellas prácticas que promuevan la cultura de las comunidades indígenas y que no atentan contra los derechos humanos.

En efecto, existen actos y conductas que atacan a la dignidad humana de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, dentro de las comunidades indígenas, que deben ser prohibidas sin que pueda invocarse el respeto cultural. Según el estudio sobre: “Impunidad en el acceso de las mujeres indígenas a la justicia. Estudios de casos sobre violencia de género en Ecuador, Perú y Bolivia”, existen obstáculos en el acceso de la justicia por parte de las mujeres como la violencia intrafamiliar o la desprotección o abandono a la mujer por su pareja, condicionando su presencia y participación en la justicia indígena (Torres 2012, 27).

En relación con los procedimientos en casos de violencia intrafamiliar, bajo las justicias indígenas son reservados, y se solucionan recibiendo consejos y llamados de atención de los padrinos y familiares más cercanos, y solo los casos *de mucha gravedad* se ponen en conocimiento de la comunidad, para que la comunidad o el cabildo sancionen” (Torres 2012, 28), a sabiendas que una de las formas de castigo que tienen, es hacer públicos los casos, a través del cabildo o la asamblea, lo que provoca vergüenza (forma de prevención), sin embargo tratan a la violencia contra la mujer, una de las más graves violaciones a los derechos humanos, en forma reservada.

CONCLUSIONES

El Ecuador dio un salto radical al refundar el Estado considerándolo plurinacional e intercultural. Ahora estamos en una etapa de transición hacia ese modelo que pactamos socialmente, plasmado en la Constitución, lo que requiere ir evaluando, fortaleciendo e implementando nuevos cambios que respondan a ese nuevo modelo o razón jurídica del derecho, involucrando y promoviendo la participación activa de la sociedad, y rechazando cualquier forma de discriminación, neocolonialismo o racismo.

En este contexto, la interculturalidad debe ser el eje transversal de todas las normas, instituciones y prácticas del país, tomando en cuenta que nuestro sistema jurídico es plural. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales, deben ser redefinidos e interpretados interculturalmente.

El control que realiza la Corte Constitucional es político y jurídico, esto en principio no es ni malo ni bueno, lo que debe asegurar la Corte es su independencia, idoneidad y el acierto de sus sentencias, lo que en un Estado plurinacional, significa apoyarse en otros saberes y fuentes del derecho, para garantizar un conocimiento especializado, por encima de sus propias posiciones, ideologías, creencias y valores. Los jueces deben contar con adecuada información del conflicto en la vida comunitaria, las consecuencias de esa decisión y los valores y principios implicados.

El voto de mayoría, vulnera la autonomía de gobierno y jurisdicción de las comunidades y pueblos indígenas

del Ecuador, lo que incide directamente en su supervivencia cultural.

La justicia indígena ha demostrado ser más efectiva en el mantenimiento de la paz social dentro de sus comunidades, y más humanitaria, que la justicia ordinaria, que aún sigue teniendo problemas sin solución.

Lo óptimo es que los mecanismos de coordinación y cooperación entre las dos justicias, se vayan definiendo a través de la jurisprudencia constitucional, aplicando un control de constitucionalidad a los casos concretos, de esa manera se garantiza el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, proscribiendo prácticas culturales discriminatorias.

Se hace necesario contar con la ley que por mandato constitucional establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la ordinaria, la que debe elaborarse en el marco de la interculturalidad, sin que se jerarquice la Justicia Ordinaria por encima de la Justicia Indígena.

El voto de mayoría ocasiona el aislamiento social y político de los pueblos indígenas, causando que el proyecto de plurinacionalidad sea un tema solo indígena y no de país, sin que la sentencia de la Corte logre limitar en la práctica la competencia material de la justicia indígena, la que ha existido y aplicado al margen del reconocimiento del gobierno, producto de su identidad cultural, vida de la comunidad y cosmovisión propia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. 2009. *El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática, A manera de prologo*. En Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad (Alberto Acosta et al., comp.). Quito: Abya-Yala.
- Arnaud, Andre-Jéan. 1981. *Critique de la raison juridique. 1. Oú va la sociologie du droit?*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2011: *El Neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2013. *La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso*. Quito: repositorio institucional UASB-Digital, Universidad Andina Simón Bolívar.
- Faría, José A. 1991. *Justica e Conflicto*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Fucito, Felipe. 1999. *Sociología del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- INEC. 2010. *Censo de Población y Vivienda*, disponible en <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-de-poblacion-y-vivienda/>
- INEC. 2012. *ENEMDU*, disponible en <http://www.ecuadorencifras.gob.ec>
- LLasag Fernández, Raúl. 2012. *Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha*. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit.). Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala.
- LLasag Fernández, Raúl. 2014. *Meritum Belo Horizonte – v. 9 – n. 1 –jan./jun. 2014*
- Ponce, Juan y Alberto Acosta,. 2010. *La pobreza en la “revolución ciudadana” o “pobreza de revolución?”*. En Ecuador Debate. Cultura y política. Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP (No. 81, diciembre).
- Santos, Boaventura de Sousa. 2007. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional en OSAL*. Buenos Aires: CLACSO, Año VIII, N° 22, septiembre. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>
- Santos, Boaventura de Sousa. 1989: *Introducao a sociologia de administracao da justica*. En *Direito e Justica* (Jose Faria, comp). S. Paulo: Editora Atica.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2009: *Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*. En *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad* (Alberto Acosta et al., comp.). Quito: Abya-Yala,.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2012: *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez, Edit.). 1ª ed. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2012. *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos*, en *Derecho y emancipación / Boaventura de Sousa Santos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Torres, Pedro. 2012: Informe pericial en antropología jurídica caso La Cocha, en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA2/Informe_Pericial_Pedro_Torres.pdf
- Periódico *El Telégrafo*, Quito, 30 de agosto de 2013, en <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/informacion-general/item/correa-pide-a-cc-definir-alcance-de-justicia-indigena.html>

Fuentes normativas:

- Constitución del Ecuador
Código Orgánico de la Función Judicial
Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional
Convenio 169 de la OIT
Derecho de la comunidad indígena La Cocha.