

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derechos Humanos

**Programa de Maestría en Derechos Humanos y Democracia
en América Latina**

**¿ES POSIBLE CONCILIAR LOS DERECHOS
COLECTIVOS Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN
LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR?**

Blanca Rocío Cachimuel Alfusi

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos a la obtención del grado de Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina, autorizo a la Biblioteca de la Universidad para que haga de este estudio un documento disponible para su lectura, según lo disponen las normas de la Universidad.

En concordancia con lo anterior, estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de este trabajo dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una potencial ganancia económica.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autora, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses posteriores a su aprobación.

Rocío Cachimuel Alfusi

13 de noviembre del 2009

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derechos Humanos

**Programa de Maestría en Derechos Humanos y Democracia
en América Latina**

**¿ES POSIBLE CONCILIAR LOS DERECHOS
COLECTIVOS Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN
LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR?**

Rocío Cachimuel Alfusi

Tutor: Dr. Agustín Grijalva

Quito, 2009

Resumen

El ejercicio de la administración de justicia de los pueblos indígenas es uno de los derechos colectivos más visibilizados en la sociedad ecuatoriana; sus prácticas, vistas desde una concepción occidental, han sido cuestionadas al argumentar que los usos y costumbres propios contravienen los principios de los derechos humanos.

El presente estudio pretende aclarar el contexto y la definición de la justicia indígena como derecho propio, diferenciándola de otros hechos, tales como el linchamiento y ajusticiamiento. Reflexiona sobre cómo los derechos individuales (a la vida, la libertad, integridad, propiedad) están garantizados en la aplicación de la justicia indígena y analiza los mecanismos de conciliación que pueden interactuar y fortalecer los dos sistemas de justicia, a partir del reconocimiento y respeto del derecho propio, el diálogo intercultural, el desarrollo de las leyes y la constitución de un sistema jurídico de los pueblos indígenas.

Para lograr el pleno ejercicio del derecho propio, el estudio analiza la Constitución del Ecuador, los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas, normas que de una u otra manera garantizan los principios, procedimientos y autonomía de la justicia indígena.

Finalmente, a partir del análisis de expedientes, el trabajo reflexiona sobre las fiscalías indígenas, independientemente de cada uno de los actores: indígenas, instituciones, jueces, fiscales. En relación a la incidencia en la justicia indígena, se plantea la preocupación de si las fiscalías indígenas pueden llegar a constituirse en un espacio que atente contra la autonomía y la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas, principio consagrado en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dedico este trabajo a los taitas, mamas, ex dirigentes y autoridades de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, quienes nos han transmitido los valores, principios, usos y costumbres que nos permiten vivir en armonía con uno mismo, con los demás y con la sociedad.

Agradecimiento

Agradezco a mi familia, y a mis amigos y compañeros, todos quienes depositaron su confianza en mí y me brindaron su apoyo incondicional para lograr los objetivos y metas trazadas.

Mi reconocimiento y gratitud especial al Dr. Agustín Grijalva, quien guió y orientó este trabajo con responsabilidad, paciencia y dedicación.

Índice

| | Página |
|--|---------------|
| Resumen | 4 |
| Dedicatoria | 5 |
| Agradecimiento | 6 |
| Introducción | 10 |
| Capítulo I. Límites y contexto de los derechos humanos en la justicia indígena | 13 |
| 1. Derecho indígena y derecho consuetudinario | 13 |
| 2. Pluralismo jurídico | 17 |
| 3. Los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos | 19 |
| 4. Las tensiones entre derechos colectivos y derechos individuales en la justicia indígena | 23 |
| 4.1 Derecho a la vida | 24 |
| 4.2 Derecho a la libertad | 24 |
| 4.3 Derecho a la integridad personal del infractor | 26 |
| 4.4 Derecho a la propiedad | 28 |
| 4.5 Derecho de las mujeres | 29 |
| 5. Los derechos humanos: límites de los derechos colectivos en la aplicación de la sanción en la justicia indígena | 32 |
| 5.1 La jurisdicción y el debido proceso | 33 |
| 5.2 Mecanismos de conciliación de la justicia indígena con la justicia ordinaria | 34 |
| 6. El debido proceso en la administración de justicia indígena | 38 |
| 6.1 Las autoridades indígenas | 38 |

| | |
|--|----|
| 6.2 Normas | 39 |
| 6.3 Procedimientos | 39 |
| 6.4 Sanciones | 41 |
| 7. Elementos que diferencian la justicia indígena del linchamiento o ajusticiamiento | 42 |
| 8. El sistema de justicia indígena como fuente de garantía del derecho a la libertad | 45 |

Capítulo II. Principios de autonomía de la justicia indígena en el Ecuador

| | |
|--|-----------|
| en el Ecuador | 50 |
| 1. Autodeterminación o autonomía de los pueblos indígenas | 50 |
| 1.1 Autodeterminación | 50 |
| 1.2 Autonomía | 53 |
| 2. La jurisdicción como principio de autonomía en la justicia indígena | 55 |
| 3. Los instrumentos internacionales como fuente de autonomía de la justicia indígena | 59 |
| 3.1 Análisis del Convenio 169 de la OIT sobre justicia indígena | 59 |
| 3.2. Análisis de la Declaración de las Naciones Unidas | 64 |
| 4. Análisis comparativo de la justicia indígena en las Constituciones de 1998 y 2008 | 66 |
| 4.1 La Constitución Política del Ecuador de 1998 | 66 |
| 4.2 La Constitución de la República del Ecuador de 2008 | 69 |

Capítulo III. Análisis de caso: expedientes fiscales y procesos penales sustanciados por las fiscalías indígenas

61

| | |
|---|-----|
| 1. Antecedentes y finalidades de la fiscalías indígenas | 73 |
| 1.1 Antecedentes | 73 |
| 1.2 Finalidades y funciones | 75 |
| 2. Análisis de los expedientes de las fiscalías indígenas de Pichincha y Cotopaxi | 80 |
| 2.1 Fiscalía de Pichincha Unidad de Asuntos Indígenas | 80 |
| 2.2 Fiscalía de Asuntos Indígenas de Cotopaxi: análisis de dos casos | 85 |
| 3. ¿Constituyen Las fiscalías indígenas un espacio para fortalecer la autonomía de la justicia indígena? | 97 |
| Conclusiones | 102 |
| Bibliografía | 106 |

Introducción

La relación entre el ser humano y la armonía
disminuye cualquier indicio de conflicto [...] el ser humano mediante la armonía mantiene la amistad,
la solidaridad, la identidad y la fraternidad.

Patricio Morales

En el Ecuador, el sistema jurídico se desarrolla a partir de la imposición del derecho dominante y, por ende, del reconocimiento de la existencia de un sólo sistema jurídico en el territorial nacional, invisibilizando las prácticas, usos y costumbres de los pueblos originarios. Replantear este monismo jurídico le ha significado al movimiento indígena una lucha ardua y constante, a través de acciones y propuestas de reivindicación de los derechos individuales, pero sobre todo de los colectivos. Esta lucha persistente ha incidido políticamente en la sociedad ecuatoriana y en sus autoridades y representantes, lográndose que el reconocimiento del pluralismo jurídico sea consagrado en la Constitución de 1998 primero, y posteriormente ratificado en la actual Constitución de la República del Ecuador.

La vigencia del pluralismo jurídico no es más que la ratificación del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas a administrar justicia dentro de su circunscripción territorial con sus propias autoridades, normas y procedimientos. Este reconocimiento ha generado análisis y debates respecto de los alcances y limitaciones del derecho propio, y de los posibles conflictos y tensiones que podrían suscitarse entre el ejercicio de la justicia indígena y los derechos humanos.

En este sentido, este estudio indaga sobre la tesis de si es posible conciliar los derechos colectivos y los derechos individuales en la justicia indígena en el Ecuador. El análisis tiene un enfoque intercultural, tomando en consideración distintas apreciaciones jurídicas, antropológicas, sociológicas y culturales de las diversas formas de aplicación de la justicia indígena en el Ecuador.

El trabajo se sustenta en los elementos que configuran el derecho propio; esto es, principios, valores, normas y procedimientos que aplican las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y las diferencias conceptuales y procesales con los linchamientos o injusticiamientos. Además contiene conceptos básicos que ayudan a establecer, de cierta forma, la autonomía de la justicia indígena.

De igual manera, desarrolla elementos conceptuales desde la visión jurídica, antropológica, sociológica y cultural respecto de los límites de la justicia indígena, que principalmente son los derechos humanos, e identifica los principales derechos individuales que podrían entrar en tensión con la justicia indígena, argumentando la no existencia de la pena de muerte en el derecho propio. Así mismo, el estudio desarrolla ciertos mecanismos de conciliación, que van desde el reconocimiento de la justicia indígena, el diálogo intercultural, el desarrollo de las leyes y políticas públicas, hasta la reformulación de las prácticas, normas y formas de organización que vulneren los derechos humanos individuales de los pueblos indígenas.

El derecho propio o justicia indígena se fundamenta en las disposiciones de la Constitución vigente, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas los que, con limitaciones, reconocen y garantizan el ejercicio del poder jurisdiccional de los pueblos indígenas. La expedición de la Ley Orgánica de la Función Judicial reconoce a las autoridades indígenas la facultad de solicitar la declinación de competencia de los jueces, procesos que permiten la

articulación con el sistema indígena y el sistema ordinario, garantizando, al menos, cierto nivel de autonomía del derecho propio.

Por otra parte, desde el análisis minucioso de tres expedientes concretos, se reflexiona sobre el funcionamiento de las fiscalías indígenas, sus aspectos positivos y negativos, su relación con la justicia indígena, la generación de conflictos de competencia. Las entrevistas a los involucrados (fiscales, ex fiscales, jueces, dirigentes indígenas y representante del CODENPE), corroboran la existencia de conflicto de competencias y suplantación de funciones por parte de las fiscalías.

Finalmente, a partir de las propuestas planteadas por personajes referidos en esta investigación, el aporte de la experiencia propia y de especialistas en la materia, y del bagaje acumulado por el movimiento indígena, este trabajo pretende contribuir al reconocimiento y fortalecimiento del sistema de justicia indígena, mediante el empoderamiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el respeto de sus resoluciones por parte de las autoridades de las instituciones públicas, y la implementación de políticas y leyes que viabilicen la armonización de los dos sistemas jurídicos.

Capítulo I

Límites y contexto de los derechos humanos en la justicia indígena

1. Derecho indígena y derecho consuetudinario

El gran reto que se plantea este trabajo es aportar a la clarificación del concepto de la justicia indígena. Varios autores, así como los pueblos indígenas, han abordado el tema desde diversas perspectivas y enfoques, pero se ha tornado difícil arribar a un estadio de conciliación, dada la diversidad cultural de cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígenas.

Los juristas, antropólogos y sociólogos nominan a la justicia indígena como derecho indígena, derecho propio o derecho consuetudinario. Por su parte, los pueblos indígenas recogen varias denominaciones: “derecho indígena, derecho kichwa, derecho mayor, justicia tradicional, derecho consuetudinario, mecanismos alternativos de solución de conflictos, sistema legal indígena, derecho originario, ley indígena, etc.”¹ Frente a esta diversidad de acepciones es preciso aclarar los conceptos considerados como principales: el derecho consuetudinario y el derecho propio o derecho indígena.

El derecho consuetudinario puede ser entendido como el “conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad, a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida”.² Se lo puede considerar

¹ ECUARUNARI: *Estructura legal y sistemas jurídicos de los pueblos de la nacionalidad kichwa del Ecuador*, Quito, ECUARUNARI, 2008, p. 43.

² Rodolfo Stavenhagen, “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre*, México, Instituto Indigenista Interamericano (III), 1990, p. 32.

como el conjunto coherente de normas y reglas no escritas, anteriores y distintas al derecho positivo estatal.

Esta concepción “surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre los pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos”.³ Es decir, los españoles impusieron a los pueblos indígenas el derecho occidental; frente a la resistencia indígena los conquistadores reconocieron ciertas prácticas y formas de organización y las nombraron como derecho consuetudinario. En este contexto, estos derechos tienen una relación histórica además de una relación de poder entre la sociedad dominante (derecho occidental) y los dominados (derecho consuetudinario). Por tanto, la vigencia de este último se ve limitada a “que su base de eficacia y validez resida en el visto bueno del Estado así como en la ideología jurídica dominante”,⁴ ya que la “costumbre sólo es admisible como fuente del derecho a falta de ley expresa que regule la misma materia y nunca en contra de ella por su peso irrelevante”.⁵ Por esta razón el derecho indígena se encuentra sometido a la ley estatal, manteniéndose política y socialmente subordinado.

Cuando entran en conflicto los dos derechos, “prevalece el derecho consuetudinario, cuando se trata de conflictos internos de las nacionalidades, pueblos indígenas y negros y al revés, o sea que el derecho estatal prevalece sobre el consuetudinario”.⁶ Esta situación se visibiliza aún más con el reconocimiento de la justicia indígena en los ordenamientos jurídicos de los países.

³ *Ibíd.*

⁴ André Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en Milka Castro y María Teresa Sierra, coord., *Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*, México, III, 1999, p. 276.

⁵ Carlos Pérez, *Justicia indígena*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2006, p. 36.

⁶ Julio César Trujillo, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, en Fernando Flores Giménez, coord., *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional (CEN), 2008, p. 23.

En la actualidad esta relación de poder es más fuerte pues la justicia indígena va más allá del derecho consuetudinario, ya que constituye un sistema jurídico fundamentado en “instituciones y autoridades tanto de origen cultural propio, como de instituciones y autoridades coloniales adaptadas, asimiladas e integradas a la cultura indígena”;⁷ además, “cuenta con órganos específicos de tipo colegiado, procesos orales con garantía de audiencia para los implicados, sistemas de sanciones y de verificación de cumplimiento y, sobre todo, normas de cohesión y control social”.⁸

En este contexto se va configurando el derecho propio o derecho indígena, conceptualizándose como “el conjunto de instituciones, normas, principios y valores que rigen la conducta o comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí, y de todos y cada uno de ellos con la comunidad”.⁹

Según Hoekema,¹⁰ por los elementos señalados el derecho indígena pertenece a un rango de derechos “no estatales, que se resume a menudo bajo el lema *folk law*, derecho informal y otros”. Se lo caracteriza así:

Es un derecho autónomo soberano, independiente de cualquier sistema jurídico, destacando que no se trata de un derecho subordinado al liberal, en todo su ámbito de acción, competencia, jurisdicción, sin más límites que el respeto y la tolerancia a los otros cuerpos jurídicos de otros pueblos.¹¹

⁷ Carlos Rodríguez Cervera, “¿Qué es el derecho indígena?”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 43.

⁸ Magdalena Gómez, “Derecho indígena y constitucionalidad en el caso mexicano”, en Magdalena Gómez, coord., *Derecho indígena*, México, III, 1997, p. 296.

⁹ Julio César Trujillo, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰ André Hoekema, *op. cit.*, p. 267.

¹¹ Carlos Pérez, *op. cit.*, p. 190.

El derecho indígena es el conjunto de preceptos y normas milenarias afloradas en las comunidades originarias, guiadas por una concepción cosmogónica y filosófica presentes en la memoria colectiva que han sido generacionalmente transmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos de hoy, reconocidos y aceptados por adhesión, como garantía de un equilibrio social.¹²

Además, para que el derecho indígena sea considerado como propio deberá cumplir con ciertos requisitos como: la facultad de crear, reformar y recrear las normas jurídicas, de acuerdo a las realidades y necesidades de los pueblos indígenas, pues los “usos y costumbres indígenas, o bien, los sistemas normativos indígenas, constituyen parte del campo jurídico y como tales deben ser entendidos como un derecho propio”,¹³ cuyos valores y principios garantizan la armonía en la circunscripción de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

El nuevo modelo de Estado plurinacional del Ecuador implica el respeto y el fortalecimiento del derecho propio o derecho indígena; para ello el Estado deberá contar con instituciones compartidas y apropiadas a la identidad cultural de las nacionalidades y pueblos indígenas.

El desafío es lograr el reconocimiento y la valoración de las prácticas del derecho propio por parte de la sociedad en general, puesto que las nacionalidades y pueblos los han reconocido y acatado como propios para vivir en paz al interior de las comunidades, con normas y valores que han permitido desarrollar y preservar la identidad.

¹² *Ibíd.*, p. 179.

¹³ Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, en Huber Rudolf, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 29.

2. Pluralismo jurídico

Los pueblos indígenas son ancestralmente reconocidos como generadores de normas y procedimientos para la solución de conflictos internos. Con la invasión de las sociedades europeas y la imposición de sus normas, los pueblos indígenas originarios sufrieron cambios en el interior de sus estructuras. A pesar de ello, las normas, principios, valores y procedimientos propios fueron ejercidos dentro de sus territorios, y posteriormente asimilados como derecho consuetudinario (derecho dominado), aunque supeditado a la ley y al derecho occidental (derecho dominante), momento en que se opera la existencia del pluralismo jurídico.

A raíz de la Independencia se instituyó un modelo liberal y el significado dado a la nación era el de “un sólo pueblo, una sola cultura, un sólo idioma, y por ende un sólo sistema jurídico, de autoridades, de administración de justicia”.¹⁴ Como consecuencia, el Estado fue asumido como monocultural y monolingüe, y el poder político, económico y jurídico se construyó sobre la noción del individuo como sujeto de derechos, desconociendo la realidad y características propias de los pueblos indígenas.

Frente a este sistema excluyente los pueblos indígenas inician un proceso de reivindicación de sus derechos como sujetos colectivos, logrando algunos cambios estructurales, principalmente el del Estado plurinacional, lo cual implica el reconocimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades con sus propias formas de organización, de autogobierno y, por ende, la facultad jurisdiccional para la solución de los conflictos.

¹⁴ Raquel Yrigoyen Fajardo, “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala”, en Milka Castro y María Teresa Sierra, coord., *op cit.*, p. 82.

Este marco legal da pie a la institucionalización del pluralismo jurídico, el que es analizado desde varios enfoques. Hoekema analiza así el pluralismo jurídico social y el formal unitario.

El pluralismo jurídico social se refiere a la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social lo cual no ha sido reconocido por el derecho oficial, constituye una situación que de hecho existen en muchos países, no obstante, cuando hay reconocimiento por el Estado de la existencia de varios sistemas jurídicos se entra en el ámbito del pluralismo jurídico formal que a su vez se expresa en dos formas diferentes, la de tipo unitario y la de tipo igualitario.

El pluralismo jurídico formal unitario se refiere a la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social, lo cual ha sido reconocido por el derecho estatal. Pero el derecho oficial se reserva la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derechos reconocidos.¹⁵

Desde esta perspectiva el pluralismo jurídico se enmarca en dos aspectos: socio-cultural, y jurídico-político. En lo sociocultural, los usos y costumbres de los pueblos indígenas se mantienen vigentes y son sistemas que responden a su propia forma de vida; existen porque “son necesarios a la población tanto en términos materiales, como simbólicos o culturales. Esto significa: a) que el sistema de justicia estatal no les es suficiente y culturalmente adecuado, y b) que los sistemas indígenas responden mejor a sus necesidades sociales y a su mundo cultural”.¹⁶

¹⁵ André Hoekema, *op. cit.*, p. 169

¹⁶ Raquel Yrigoyen Fajardo, *op. cit.*, p. 84.

En lo jurídico-político, con la positivización de la justicia indígena, “existe la posibilidad de que esta legalización fortalezca a la burocratización de las estrategias de argumentación a través de la presión por la codificación y regularización”,¹⁷ más aún cuando este hecho ocurre sin la participación y el consenso de los pueblos indígenas.

Sin embargo, para los pueblos indígenas el estudio del pluralismo jurídico “va más allá de postular la coexistencia de sistemas normativos diversos, o de formas distintas de derecho: implica también abordar su dinamismo y su complejidad en el contexto histórico de la relación entre pueblos indígenas y el Estado”,¹⁸ relación que significa definir “un nuevo modelo de nación que rompa la hegemonía de la sociedad occidental y el monismo jurídico como modelo único por seguir”,¹⁹ y establecer mecanismos de diálogo intercultural, sobreponiendo la particularidad étnica y evitando la imposición de sistemas de dominación y jerarquización.

3. Los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos

La existencia de los derechos colectivos es fruto de la evolución de la sociedad contemporánea, donde las necesidades de los individuos han adquirido un alto grado de complejidad, que sólo pueden encontrar solución en el ámbito colectivo. Por ello es necesaria la existencia de sujetos colectivos que reivindiquen

¹⁷ Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en boletín *¿Ausencia de Liderazgo Indígena?*, No. 36, ICCI-RIMAI, 2002, p. 23.

¹⁸ Elisa Cruz Rueda, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹ Esther Sánchez Botero, “Pluralismo jurídico, interculturalidad y derecho humanos indígenas”, en Fernando Flores Giménez, coord., *op. cit.*, p. 87.

dichos derechos, toda vez que hay situaciones jurídicas en las cuales éstos no pueden alcanzarse individualmente, o requieren de un esfuerzo colectivo.

El reconocimiento de los derechos colectivos ha pasado por grandes transformaciones, debido a los nuevos modelos de Estados que se basan en los derechos individuales, los que tienen como obligación otorgar a todo ciudadano derechos civiles y políticos, sin importar su grupo de filiación; es decir, a cada derecho individual corresponde una acción individual y el titular del derecho es el titular de la acción.

Los derechos individuales se encuadran en función de la acción y la protección; en cambio, en los derechos colectivos la titularidad no es individual sino colectiva pues “no son objeto de alienación, son imprescindibles, inembargables, no hipotecables e intransferibles”.²⁰ Por consiguiente, los sujetos colectivos, además de ser personas independientes titulares de derechos, son miembros de comunidades.

El análisis de dos instrumentos jurídicos –el Convenio 169 de la OIT y la Constitución de la República Ecuador– aporta al debate para establecer quiénes son los titulares de los derechos colectivos.

En el proceso histórico y frente a la invisibilización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, varios organismos internacionales han levantado propuestas a fin de que los Estados se comprometan a respetar estos derechos. Así, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales²¹, que consagra disposiciones relativas a la eliminación de la discriminación, el respeto a la cultura y a las instituciones de los pueblos indígenas,

²⁰ Carlos Frederico Marés, “Los indios y sus derechos invisibles”, en Magdalena Gómez, coord., *op cit.* p. 166.

²¹ Organización Internacional de Trabajo, aprobó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, el 27 de junio de 1989 en la sesión de la Conferencia No. 76, en Ginebra y entra en vigor el 5 de septiembre de 1991.

sus formas de gobierno y el derecho propio, los territorios y las tierras indígenas, y las formas de inversión social, trabajo, salud, educación y cultura.

Este Convenio, considerado como uno de los primeros instrumentos jurídicos a nivel internacional, en su Art. 1, dice: “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”. Desde esta perspectiva, el término pueblo “no se puede entender como una autodeterminación política, ni separación del Estado nacional”.²²

De la misma forma, el Art. 5 de dicho Convenio señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. En consecuencia, quienes son sujetos de derechos son los pueblos “no meramente en su condición abstracta de humanos, sino en su condición concreta de indígenas, a la que se asignan derechos específicos”.²³

Las transformaciones de los ordenamientos jurídicos de los países generan controversia en el orden jurídico establecido, puesto que demandar “reconocimiento a estos derechos diferentes es cuestionar el principio de la universalidad”,²⁴ que concibe a los derechos humanos como homogéneos e iguales para todos.

²² Magdalena Gómez, “Derecho indígena”, *op. cit.*, p. 287.

²³ James Anaya, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel Berraondo, coord., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 70.

²⁴ Magdalena Gómez, *Derecho indígena*, *op. cit.*, p. 285.

Respecto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, Julio César Trujillo ²⁵ plantea que:

Son derechos humanos, primero, porque les son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto seres abstractos, sino por estar integradas por personas humanas, y segundo, porque satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que los individuos desarrollen sus capacidades y realicen su destino; más específicamente porque cuentan con características que les confieren identidad propia que les emparenta directamente.

A partir de los años 1990 se inicia en el Ecuador un proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, primero en la Constitución Política de 1998, y posteriormente en la de 2008, que consagra el modelo de Estado plurinacional y profundiza y amplía este reconocimiento. De acuerdo al Art. 10 de la Constitución, son sujetos colectivos de derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, quienes gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Así mismo, consagra la existencia de varias nacionalidades concebidas como entidades “socioculturales, plenamente constituidas socioeconómica y políticamente; que compartimos similares identidades espirituales, lingüísticas, históricas y culturales y que nos diferencia de otros grupos o pueblos”.²⁶

²⁵ Julio César Trujillo, “Derechos colectivos de los pueblos indígenas: conceptos generales”, en Angélica M. Bernal, comp., *De la exclusión a la participación: pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Abya-Yala (AB), 2000, p. 12.

²⁶ CONAIE, *Proyecto político de las nacionalidades del Ecuador*, CONAIE, Quito, 2007, p. 17.

4. Las tensiones entre derechos colectivos y derechos individuales en la justicia indígena

El reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos genera reacciones y tensiones debido a varias circunstancias, tales como: la diversidad cultural presente en cada comunidad, pueblo y nacionalidad; la incomprensión y desconocimiento de los usos y costumbres, y los límites impuestos que son los derechos humanos.

Sin embargo, al momento de ejercer la administración de justicia indígena es importante identificar qué derechos individuales y colectivos están en tensión. Para ello es necesario analizar dos puntos de vista: las prácticas de los pueblos indígenas, y los derechos humanos vistos individualmente por los Estados.

Desde la práctica de los pueblos indígenas, la administración de justicia tiene varios elementos y argumentos que permiten la comprensión, valoración y respeto de los derechos humanos, ya que cuentan con un sistema jurídico de autoridades, normas, valores y principios; inclusive, para garantizar la armonía dentro de una circunscripción territorial, “existe ese sistema reglado de infracciones y sanciones que aportan soluciones ante los hechos que constituyen los conflictos más graves de convivencia”.²⁷

Los derechos humanos en tensión con la justicia indígena se visibilizan a partir de los diferentes casos suscitados en las comunidades, pueblos, barrios, ciudades del país, difundidos por los medios de comunicación y cuestionados por la sociedad y autoridades de instancias públicas. A esto se suma la escasa o ninguna información y conocimiento respecto del contexto de la justicia indígena, generando

²⁷ Emiliano Borja Jiménez, “Sobre los ordenamientos...”, en Mikel Berraondo, coord., *op cit.*, p. 669.

confusión en el espacio público. Los hechos más recurrentes hacen referencia al derecho a la vida, que es confundido con el linchamiento o ajusticiamiento; el derecho a la libertad: cuando la autoridad indígena aplica la medida de la retención para garantizar la comparecencia del infractor, ésta es asumida como plagio por las autoridades del sistema ordinario; el derecho a la integridad física, cuando la sanción es considerada como tortura; el derecho a la propiedad, cuando una de las sanciones aplicadas por la justicia indígena es la expulsión. Así mismo, los derechos de las mujeres son considerados como los más vulnerados.

Además, este estudio consideró el análisis de esos derechos en función de la normativa internacional y del Art. 66 de la Constitución del Ecuador, que consagra y garantiza el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada, los tratos y penas crueles que atenten contra los derechos humanos, y el derecho a la propiedad.

4.1 Derecho a la vida

En el sistema jurídico de los pueblos indígenas no existe la pena de muerte, pues sus normas orales o escritas no establecen este tipo de sanción; consiguientemente el derecho a la vida está garantizado.

4.2 Derecho a la libertad

Un procedimiento que se aplica en la justicia indígena para garantizar la comparecencia del infractor al proceso de juzgamiento es la retención en la casa comunal, acción que es asumida por las autoridades del sistema ordinario como una

detención o privación de la libertad, cuando en realidad es una medida preventiva que sólo tiene vigencia mientras se sustancia el proceso de investigación.²⁸

En este punto es importante aclarar que mientras el sujeto está retenido, mantiene comunicación y contacto permanente con sus familiares, lo que facilita la solución del conflicto en el menor tiempo posible; además, este espacio permite al infractor reflexionar sobre los hechos cometidos, a fin de no reincidir.

La tensión surge cuando la medida de retención es irrespetada por los fiscales y jueces del sistema ordinario, por la confusión con la medida cautelar de prisión, supuestamente para garantizar los derechos humanos; además, porque estas autoridades se consideran las únicas competentes para dictaminar la privación de la libertad, desconociendo el sistema jurídico de los pueblos indígenas que también puede aplicar la retención como medida preventiva.

En este caso es pertinente ir más allá del simple hecho de garantizar los derechos humanos, pues el verdadero problema radica en la lucha de poder entre el sistema ordinario y el derecho propio, tensión que responde a la imposición de un sistema judicial dominante.

Un ejemplo de lo expuesto ocurrió en la comunidad de Gualsaquí (cantón Otavalo), cuando el presidente de la comunidad, para solucionar un conflicto de tierras, aplicó la medida de retención a un comunero, quien permaneció retenido en las oficinas de la Junta de Aguas, mientras la autoridad indígena realizaba los actos de citación a los afectados y la investigación correspondiente para proceder a convocar a la asamblea general de la comunidad. En este lapso de tiempo intervino la fiscal de Otavalo, reclamando para sí la competencia, aduciendo que no se podía

²⁸ Experiencia personal vivida en la administración de justicia indígena en mi calidad de presidenta de la comunidad de Monserrath, cantón Otavalo, provincia de Imbabura, durante el período 2003-2004.

mantener retenido al comunero, y que la única autoridad para solicitar esta medida era ella, en su calidad de fiscal. Como resultado, el presidente de la comunidad fue privado de su libertad, aduciendo delito flagrante. Al mismo tiempo la fiscal inició la instrucción por el delito de plagio y solicitó la medida cautelar de prisión preventiva, la que duró tres meses para “sentar un precedente”, según sus propias palabras.²⁹

De esta manera, por la falta de respeto, incompreensión, desconocimiento y la poca o ninguna valoración del sistema jurídico de los pueblos indígenas, se visibiliza la existencia de la lucha de poder entre los dos sistemas.

4.3 Derecho a la integridad personal

En la administración de justicia indígena existen dos momentos muy marcados: el del proceso de investigación y el de la aplicación de la sanción, siendo este último el acto más importante, tanto para la persona como para la comunidad. Sin embargo, la sanción varía de acuerdo a diversos factores, como la gravedad de la infracción y la reincidencia. Por eso es importante acotar que la fase de ejecución de la sanción constituye un espacio de reflexión y meditación para todos los involucrados.

Existen diversos tipos de sanciones: el baño con agua fría, el ortigamiento, los latigazos, el trabajo comunitario, la devolución de las cosas robadas o hurtadas, la indemnización económica a las víctimas. Además, el hecho de que las sanciones se las cumpla en acto público, éste deviene en sanción moral, permitiendo resarcir los daños causados y coadyuvando a la recuperación de la armonía en la comunidad.

²⁹ Conocí este caso, ocurrido en la ciudad de Otavalo en el año 2005, mientras apoyaba en la oficina jurídica de la Federación de Pueblos Kichwa de la Sierra Norte del Ecuador CHIJALLA-FICI.

Desde la perspectiva occidental, la sanción del derecho indígena que lesiona los derechos humanos es la aplicación de los latigazos, considerados como trato cruel, calificado de salvaje, inhumano y atentatorio de la integridad y la dignidad humanas. Sin embargo, abonando a la discusión sobre el tema, la Sentencia No. T-523/97, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, señala algunos elementos importantes que contribuyen a desvirtuar una comprensión tergiversada sobre esta sanción:

El fuate consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representa el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al infractor, no reviste los niveles de gravedad para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno.

La aplicación de esta sanción es muy común en los pueblos indígenas y “no es sólo castigo sino también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido”,³⁰ sin desconocer que en algunos casos se producen excesos cuestionados por la sociedad y la misma comunidad.

³⁰ Emiliano Borja Jiménez, *op. cit.*, p. 680.

4.4 Derecho a la propiedad

En el derecho propio la sanción más grave, aplicada en algunos casos, es la expulsión de la comunidad; en algunos países esta medida es considerada como destierro, y como una acción punitiva que atenta contra los derechos humanos.

La Corte Constitucional de Colombia realiza un profundo análisis sobre esta sanción y señala que el destierro significa aislar al individuo de su entorno social, condenándolo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado al cual pertenece la persona. En la medida en que los cabildos sólo administran justicia dentro de su jurisdicción, la expulsión es de la comunidad y no del territorio nacional; en consecuencia no se enmarca dentro de la restricción del Art. 38 de la Constitución colombiana. Además, de acuerdo a la Sentencia No. T-523/97 de la Corte, el que la comunidad decida alejar de su territorio a uno de sus miembros no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra reparo contra esta sanción

Dado que en el Ecuador no existe disposición legal que considere la expulsión o destierro una acción punitiva, esta sanción se podría relacionar con la afectación a la propiedad privada pues, desde la concepción occidental, el derecho individual “se construye sobre la idea de la propiedad privada capaz de ser patrimonial, esto es, de ser un bien, una cosa que pudiese ser usada, disfrutada, gozada”.³¹

Desde esta perspectiva la expulsión es una medida que violenta el derecho a la propiedad, la más garantizada y menos cuestionada por el Estado ecuatoriano. Sin

³¹ Carlos Frederico Marés, “Los indios y sus derechos invisibles”, en *op. cit.*, p. 144.

embargo para los pueblos indígenas esta medida “supone la muerte del sujeto, su exclusión del poblado. Y para un indígena que ha vivido toda su vida en un mismo lugar y durante generaciones, el destierro significa la ruptura total con toda su existencia anterior y la práctica negación del futuro, porque se le ha borrado su propia esencia”.³²

Finalmente, se puede deducir que los pueblos indígenas tienen varios mecanismos o alternativas para aplicar una sanción, como por ejemplo, la ponderación. Cuando la sanción consiste en la expulsión, se está garantizando el derecho a la libertad por sobre el de la propiedad.

4.5 Derechos de las mujeres

La presencia de las mujeres indígenas se visibiliza en las grandes luchas de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas. “En estos procesos, sus liderazgos se han ido construyendo y consolidando poco a poco”,³³ exigiendo cada vez mayor participación en los procesos organizativos regionales, nacionales y en los espacios públicos; reivindicando sus derechos al interior de las comunidades y organizaciones; generando espacios de análisis y discusión acerca de las desigualdades entre hombres y mujeres, y las llamadas relaciones de complementariedad, que en la práctica socapan la violencia y discriminación contra las mujeres al interior de las familias, comunidades y organizaciones. En este proceso la mujer indígena empieza a cuestionar las prácticas, usos y costumbres marcados por los roles de género en la vida familiar y comunitaria, que afectan su autonomía.

³² Emiliano Borja Jiménez, *op. cit.*, p. 681.

³³ Georgina Méndez Torres, “Miradas de género de las mujeres indígena en Ecuador, Colombia y México”, en Andrea Pequeño, comp., *Participación y políticas de mujeres indígenas en América Latina*, Quito, FLACSO / Ministerio de Cultura, 2009, p. 54.

Como resultado de los estudios realizados sobre el tema, Andrea Pequeño Bueno expresa que:

Para la mujer indígena soltera mayor de 18 años las posibilidades de sufrir violencia aumentan en un 22.5% por cada año de vida (frente al 11.7% para los varones). En este caso, los padres y los hermanos varones aparecen con mayor fuerza como castigadores, erigiéndose en vigilantes y disciplinadores de las conductas y de los cuerpos de sus hijas y hermanas [...]. [L]a violencia aumenta cuando las mujeres se casan [...]. [A esta espiral de violencia se suman] algunos factores, como el alcohol, los celos, la infidelidad [...]. [Además] los años iniciales de matrimonio implican trasladarse a la casa de la familia del marido [lo que conllevan] nuevas formas de maltrato. [...] El ciclo de la violencia para las mujeres comienza a declinar entre los 32 y 34 años, aproximadamente, [...] sea porque la mujer ya está amoldada y/o porque ya no habría –para los hombres– el imperio de controlar el cuerpo de la mujer y la fertilidad de sus esposas.³⁴

De lo expuesto, es importante analizar dos aspectos. Por un lado, las prácticas y concepciones que inciden en la violencia contra la mujer indígena; por ejemplo, la “esfera personal, sexual y la vida reproductiva que funciona como el foco central de la cultura: el dominio de la vida doméstica y familiar”.³⁵ Las mujeres indígenas tienen cada vez menos poder de decisión sobre la capacidad reproductora; su cuerpo está íntimamente ligado a la idea de “[dador] de vida, lo que lleva a la

³⁴ Andrea Pequeño Bueno, “Vivir violencia, cruzar los límites”, en *op. cit.*, p. 153-155.

³⁵ Susan Moller Okin, “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en Joshua Cohen, Matthew Howard, C. Nussbaum, edit., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, New Jersey, Princeton University, 1999, traducido por María Cristina Irurita Cruz y revisado por la profesora Gabriela Castellanos, Doctorado en Humanidades, Universidad del Valle, octubre de 2006, p. 3.

negociación del cuerpo de las mujeres como fuente de placer [...], mitificándolo como útero reproductor [y] reduciendo la sexualidad únicamente a la maternidad”.³⁶

Por otro lado, es necesario resaltar la existencia de algunas barreras para el acceso a la justicia estatal y a la justicia propia, tales como: “la ausencia de mecanismos de divulgación que consideren las particularidades culturales, así como los altos índices de analfabetismo, [...] barreras de lenguaje, pues la mayoría de las instituciones carece de personal bilingüe; maltrato y discriminación institucional hacia la población indígena”.³⁷

La violencia intrafamiliar es conocida y resuelta por la autoridad indígena; en ocasiones estas decisiones provocan ciertos reparos, por los siguientes aspectos: a) la violencia intrafamiliar es un conflicto que genera desestabilización familiar y comunitaria; no es considerada como delito, y en la mayoría de los casos se resuelve internamente con la intervención del cabildo, familiares cercanos y padrinos, es decir en el ámbito privado; b) “la resolución familiar y comunitaria tiene un sesgo conciliador: antes que censurar, busca poner límites de manera que la ruptura a raíz del episodio no se reproduzca”;³⁸ c) el desacato o incumplimiento de las resoluciones de las autoridades indígenas; y d) la sanción se aplica únicamente al infractor, sea éste hombre o mujer. Sin embargo, en la cultura indígena se contempla el acto de sanación, que consiste en el baño con ortiga a la pareja. Desde la lectura occidental, en algunas ocasiones este acto se confunde como una sanción impuesta a los dos.

Para mejorar las relaciones hombre-mujer y, consecuentemente, las condiciones de vida de las mujeres, se requiere de acciones y mecanismos, tales

³⁶ Margarita Gutiérrez y Nelly Palomo, “Autonomía con mirada de mujer”, en Aracely Burguete Cal y Mayor, coord., *México: experiencias de autonomía indígena*, México, IWGLA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, siglas en inglés), 1999, p. 54.

³⁷ Andrea Pequeño Bueno, *op.cit.*, p. 156.

³⁸ *Ibíd.*, p. 159.

como: identificar la violencia intrafamiliar en el ámbito público, endurecer las sanciones, incorporar la violencia intrafamiliar en las normas internas como un conflicto grave, abrir espacios de análisis y debate con hombres y mujeres sobre el tema de la violencia intrafamiliar, y garantizar mayor participación en los procesos organizativos y en la administración de justicia indígena.

En consecuencia, reducir la tensión existente entre la cultura y los derechos de las mujeres es un proceso complejo que requiere de la reformulación de prácticas y costumbres discriminatorias en las estructuras internas de los pueblos indígenas, tomando en cuenta los principios de equidad, dualidad, complementariedad y reciprocidad.

5. Los derechos humanos: límites de los derechos colectivos en la aplicación de la sanción en la justicia indígena

Las normas nacionales e internacionales establecen límites en la aplicación de las prácticas del derecho indígena. Así, el Convenio 169 de la OIT, en el Art. 8.2, dispone que:

dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

De lo transcrito se puede colegir que los límites establecidos son los derechos humanos, reconocidos en los instrumentos internacionales y en las constituciones de los países. Además, en las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia, se ubican como límites la jurisdicción y también el debido proceso.

5.1 La jurisdicción y el debido proceso

La Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia No. T-523/97, ha considerado que uno de los límites es llegar a un “consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas”. A lo anterior se suma lo resuelto por la misma Sentencia en lo referente al derecho al debido proceso y los contextos, en los cuales es permitido ejercer las prácticas de usos y costumbres de los pueblos indígenas. Lo que significa que el procedimiento en la administración de justicia indígena deberá cumplir con todos los elementos y características, valores y principios de cada comunidad, nacionalidad y pueblo indígenas y, además, justificar que estas medidas aplicadas son "necesarias para proteger intereses de superior jerarquía".

Según esta Sentencia el debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Con ello se prevé que las normas evolucionen y reformulen de acuerdo a las realidades sociales. En relación con la justicia indígena, se requiere el cumplimiento de aquellas

actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

5.2 Mecanismos de conciliación de la justicia indígena con la justicia ordinaria

Varios autores plantean mecanismos jurídicos y sociales para superar las tensiones y límites entre la justicia indígena y la ordinaria. Así, Raquel Yrigoyen promueve la “conformación de los tribunales mixtos o escabinados compuestos por los jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre la jurisdicción especial y los derechos humanos”.³⁹ Esta iniciativa pretende la participación de los pueblos indígenas en el ejercicio de la función jurisdiccional, no sólo dentro de su territorio, sino también en los organismos estatales de garantía de derechos.

Por otro lado, es necesaria la armonización de los dos sistemas, para lo cual a la legislación secundaria debería corresponderle la tarea de establecer las competencias de las autoridades estatales y de las indígenas y delimitar el alcance de cada una de ellas; sin embargo esta tarea es muy compleja debido a la falta de reconocimiento y respeto a las autoridades indígenas por parte de las autoridades del sistema ordinario. A pesar de ello, existen algunas propuestas para establecer estas competencias, tales como:

En razón de la persona, conflictos entre:

³⁹ Raquel Yrigoyen Fajardo, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *Variaciones sobre la justicia comunitaria*, Colombia, ILSA, 2003, p. 187.

1. Indígenas de una misma comunidad,
2. Indígenas de distintas comunidades,
3. Dos colectividades distintas,
4. Un indígena y un no indígena, y
5. No indígenas que voluntariamente se sometan a las autoridades indígenas.

En razón del territorio, estaría determinado por:

1. Faltas que cometan indígenas en el territorio de su comunidad,
2. Faltas que cometan indígenas fuera del territorio de su comunidad, y
3. Faltas que cometan no indígenas en el territorio de una comunidad.⁴⁰

En el proceso de administración de justicia indígena estas pautas son aplicadas por las autoridades en la solución de los conflictos.

Mauricio Beuchot, al abordar la teoría del conflicto cultural y los derechos humanos, expone los mecanismos de conciliación de los derechos humanos individuales respecto de los derechos colectivos, y plantea la tesis de que la “analogía o proporcionalidad intenta respetar lo particular dentro de los límites que imponen los derechos humanos; un límite analógico, un punto de oscilación y de equilibrio dinámico, donde los derechos étnicos son cribados y examinados con el criterio y pauta de los derechos humanos”.⁴¹ Lo dicho, aplicado al pluralismo cultural, significa que se debe poner más cuidado en proteger las diferencias culturales, porque son las más débiles y carentes frente a la homogeneización que amenaza con destruirlos.

⁴⁰ Oswaldo Ruiz, “La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en *Investigaciones monográficas. Aportes andinos sobre derechos humanos*, Quito, Abya Yala, 2005, p. 69.

⁴¹ Mauricio Beuchot, *La interculturalidad y derechos humanos*, Argentina, Siglo XXI, 2005, p. 59.

En este mismo contexto, Boaventura de Sousa Santos plantea la hermenéutica diatópica que “está basada en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, sin importar qué tan fuertes puedan ser, son tan incompletos como la cultura misma”.⁴² Por lo tanto, “todas las culturas son incompletas y problemáticas en su concepción de la dignidad humana. La incompletud se deriva del hecho mismo de que existe una pluralidad de culturas”.⁴³ Esto significa que todas las culturas están en relaciones permanentes y desiguales de poder.

Al parecer, no es dable hablar de culturas completas sino de un diálogo intercultural, y el “punto de partida de este diálogo es un momento de descontento con la propia cultura [...], el momento de descontento incluye un entendimiento previo de la posible existencia relevancia de otras culturas y se traduce a una conciencia reflexiva de la incompletud cultural”.⁴⁴

En este sentido, el objetivo de la hermenéutica diatópica busca facilitar que las culturas puedan reflexionar sobre su incompletud cultural, pues sólo así podrán entender y aceptar a otras culturas.

De igual forma, Esther Sánchez Botero expone su concepción con base en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, y señala “la necesidad de aproximaciones multidisciplinarias para construir sistemas lógicos estructurados que permitan comprender aspectos parciales de un determinado orden, [para hacer] posible apreciar razonamientos y conceptos mediante instrumentos analíticos eficaces en el contexto apropiado”. De esta forma, las culturas interactúan en el sistema jurídico interno. Prosiguiendo con su argumentación, dice:

⁴² Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en ILSA, *Otras miradas de la justicia*, Bogotá, ILSA, 2002, p. 70.

⁴³ *Ibíd.*, p. 69.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 78.

Eliminado: ,

La comunicación entre las partes involucradas ha sido mejorada sustancialmente, es decir, hay mayor capacidad para leer las señas que emiten los pueblos indígenas, los intelectuales y las mismas cortes, ya que la comunicación es un proceso de doble vía, la traducción de señales para construir entendimiento intercultural, se ha orientado a una búsqueda por el equilibrio que facilita a los pueblos y sujetos, sean socialmente más competentes.

A esto, se suma los sistemas culturales diversos que emergen como marcos de argumentación, como repertorios en el análisis de la formalización de enunciados y de interferencias entre éstos.⁴⁵

Por otro lado, desde la teoría del constitucionalismo los derechos colectivos adquieren una significación especial, por cuanto influyen en la revisión de los conceptos tradicionales de la teoría general. Un elemento importante radica en que el diálogo entre los derechos y las garantías debe realizarse dentro de un lenguaje común; caso contrario se evidenciaría la ausencia de eficacia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Además, “plantean la necesidad de tener presente la eventual posibilidad de que existan combinaciones a ser resueltas por el mecanismo de la ponderación, donde estos derechos tienen una presencia específica y concreta”.⁴⁶

Finalmente, estos mecanismos permiten la vigencia y el fortalecimiento del derecho propio y el respeto de los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

⁴⁵ Esther Sánchez Botero, “La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia”, en Willem Assies, edit., *El reto de la diversidad, pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, México, El Colegio de Michoacán, 1999, p. 384 y 409.

⁴⁶ Andrés Gil Domínguez, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 106.

6. El debido proceso en la administración de justicia indígena

6.1 Las autoridades indígenas

Las autoridades de las nacionalidades y pueblos indígenas responden a una estructura organizativa y culturalmente establecida a inicios de los años 70, dentro de la lógica de tipo sindicalista, con denominaciones similares a los sindicatos, asociaciones y corporaciones. Posteriormente, con la vigencia de la Ley de Comunas, toman el mismo giro, y se constituyen en directivas o cabildos.

El proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas y de los derechos colectivos, coadyuva a recuperar y fortalecer a las autoridades indígenas; en los últimos años las comunidades, nacionalidades y pueblos han entrado en un proceso de reestructuración y reforma de los estatutos, para recuperar las denominaciones propias. Por ejemplo, en el caso de la sierra norte del Ecuador, de “directivas” o “cabildos” se está cambiando a “gobiernos comunitarios”; de “presidente” a *kapak kuraka*, y a nivel nacional varían los calificativos, de acuerdo a la realidad de cada pueblo o nacionalidad.

La autoridad indígena competente para solucionar un conflicto dentro de una comunidad se define en función del territorio, es decir, de su circunscripción territorial. En las comunidades indígenas el cabildo o gobierno comunitario es la autoridad ejecutora de las políticas emanadas de la asamblea general y actúa para resolver conflictos leves; en cambio, la asamblea comunitaria resuelve los conflictos mayores siendo su máxima autoridad. Por tanto:

La autoridad de un pueblo indígena, revestida de la potestad jurisdiccional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es la asamblea de la comunidad. Sólo para los asuntos leves o de poca trascendencia, la comunidad inviste de esa potestad a determinados miembros de ella, que elige y remueve libremente, generalmente por consenso, seleccionándoles por la confianza que inspiran su probidad, entereza y sabiduría.⁴⁷

6.2 Normas

Los pueblos ancestrales, por sus características originarias, cuentan con normas y procedimientos propios, pues “las normas jurídicas que aplican las autoridades indígenas en el caso concreto que les corresponde conocer son: la costumbre o derecho consuetudinario, es decir, aquellas que emanan espontáneamente del pueblo”.⁴⁸ Así mismo, las normas de los pueblos indígenas están muy relacionadas con varios principios y valores, y constituyen ejes reguladores de la conducta de los miembros; por lo tanto, “son aplicad[a]s a todos por igual, sin preferencias, ni discrimen y peor resentimientos”.⁴⁹

6.3 Procedimientos

La administración de justicia indígena tiene diversas características. Su procedimiento no es esquemático ni rígido sino flexible; es decir, cambia de acuerdo

⁴⁷ Galo Galarza Paz, “Justicia y derecho en la administración de justicia indígena”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), 2002, p. 81.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 81.

⁴⁹ “Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra (2001)”, citado por Osvaldo Portilla, Eduardo Muñoz, Javier Llobet Rodríguez, “El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos del pueblo Bribri”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *op cit.*, p. 89.

Eliminado: ,

a los casos y a las partes o involucrados. Así mismo, “la aplicación de los procedimientos para hacer justicia se concentra en los procesos argumentativos”,⁵⁰ que son llevados en forma oral y varía dependiendo de la comunidad, pueblo y nacionalidad.

La tesis más generalizada es la planteada por Emiliano Borja, quien recoge de manera general los procesos de la mayoría de las comunidades indígenas y los divide en dos fases: “Una primera de investigación que tiene lugar ante la autoridad comunal, el jefe o cabildo y una segunda de enjuiciamiento, ante el órgano que vaya a sentenciar la asamblea en la mayoría de las comunidades de pueblos y nacionalidades”.⁵¹

En la fase de investigación, dos actuaciones de las autoridades indígenas adquieren especial relevancia: la averiguación de los hechos e identificación de los autores, cómplices y encubridores; y la medida de retención, que consiste en el encierro del sospechoso o infractor en lugares como la casa comunal, oficina de las juntas de agua, etc.

El proceso de juzgamiento se lleva a efecto sin formalismos; en ocasiones las resoluciones se hacen constar en un acta, que sirve como instrumento y garantía del cumplimiento de las sanciones impuestas. Generalmente el proceso de administración de justicia indígena se lleva a cabo en forma oral y “precisamente la

⁵⁰ Esther Sánchez, “Principio básico y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los paeeces y los wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, en Huber, Rudolf, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 129.

⁵¹ Emiliano Borja Jiménez, “Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena”, citado por Francisco Jiménez, “El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica una visión desde Europa”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *op cit.*, p. 463.

falta de codificación y su naturaleza de principios generales han permitido acumular conocimientos, fruto de la experiencia y habilidad en aplicar el sistema jurídico”.⁵²

6.4 Sanciones

Para aplicar las sanciones las comunidades y pueblos cuentan con “normas correctivas, mediante un sistema de sanciones, que en general procura devolver el equilibrio social imperante en la comunidad”.⁵³ Estas prácticas propician el saneamiento espiritual de la persona infractora; de igual forma, la víctima es resarcida por los daños ocasionados.

Las sanciones contienen símbolos que “unen elementos mágicos y místicos, con la idea de reintegrar al sujeto de nuevo a su medio social”;⁵⁴ el agua, la ortiga, el fueite, etc., antes que sanción son elementos purificadores.

La aplicación de la sanción por lo general tiene tres momentos:

1. La aplicación de medidas personales y pecuniarias que el infractor debe cumplir, tales como: trabajo comunitario, sanción económica y otros.
2. El baño con agua fría y el ortigamiento –considerados como actos de purificación y limpia de las energías negativas– se aplican a todas las personas infractoras y, en ocasiones, a familiares cercanos.
3. La utilización del fueite, considerado como un acto de sanación.

Por lo señalado, es preciso resaltar que la imposición de la sanción es la única que puede restaurar el equilibrio roto; “al ser aplicada públicamente, cumple una

⁵² Carlos Pérez, *op. cit.*, p. 192.

⁵³ *Ibíd.*, p. 191.

⁵⁴ Emiliano Borja Jiménez, *op. cit.*, p. 679.

labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir”.⁵⁵

7. Elementos que diferencian la justicia indígena del linchamiento o ajusticiamiento

Los elementos señalados anteriormente configuran la función jurisdiccional que tienen las comunidades, nacionalidades y pueblos para administrar justicia. Una de las funciones “es la resolución de conflictos a fin de procurar la armonía interna y la paz social”.⁵⁶ Este derecho tiene características muy especiales, porque cuenta con normas y procedimientos propios, y es un sistema oral, basado en costumbres y tradiciones propios de cada pueblo. Además contiene elementos como: la autoridad, el territorio o circunscripción territorial y la sanción. Por este bagaje de características, la administración de justicia indígena es “respetuosa del valor de la vida y utiliza mecanismos de carácter consensual, reparador, restitutivo y conciliador, que son la antítesis de cualquier acto de linchamiento”.⁵⁷

Por lo tanto, la competencia está determinada en sus propias normas. En el caso de que “en cualquier comunidad indígena un miembro comete el delito de robo, ni la víctima ni sus familiares, ni cualquier otro comunero están facultados para ejecutar justicia y mucho menos aplicar una pena”.⁵⁸

⁵⁵ Esther Sánchez, “Principio básico...”, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁶ Carlos Rodríguez Cervera, *op. cit.*, p. 43

⁵⁷ MINUGUA, “Informe de verificación: los linchamientos: un flagelo que persiste”, en MINUGUA, julio 2002, citado por Carlos Rodríguez Cervera, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁸ Nina Pacari Vega, “Pluralidad jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida”, en Judith Salgado, comp., *op. cit.*, p. 85.

Una vez precisado el contexto de la administración de justicia indígena, es necesario señalar algunas características del linchamiento:

Los responsables de los mismos no son en muchos casos autoridades indígenas, y aunque lo fueran estarían extralimitándose en sus competencias.

No siguen reglas específicas de enjuiciamiento de conformidad con ninguna tradición consuetudinaria, aunque en algunos se denotan resquicios de algunos procedimientos y sanciones ancestrales, como la aplicación de baños de ortiga o azotes para algunos de los linchados.

Muchos de estos actos no se producen dentro del territorio de comunidades, por lo que carecerían de competencia territorial.⁵⁹

Generalmente los linchamientos no ocurren en los territorios de las comunidades, nacionalidades y pueblos, por lo tanto carecen de competencia; no existe una autoridad, no existen normas y procedimientos, carecen del derecho a la defensa, se aplica una sanción excesiva como la tortura y hasta la pena de muerte; y, en la mayoría de los casos, el hecho queda en la impunidad.

Los espacios donde se producen estos hechos son lugares que no cuentan con estructuras organizativas propias y no existe conocimiento sobre las normas y procedimientos; los acusados son detenidos y llevados por una muchedumbre, y en algunos casos participan comunidades, barrios y miles de personas en forma tumultuaria. “Una vez capturado y atrapado el linchado, que generalmente es un hombre, se suele torturar y vejar, acompañado de golpes, mutilaciones, pedradas,

⁵⁹ Carlos Rodríguez Cervera, *op. cit.*, p. 59.

heridas de bala, ahorcamiento o se le quema vivo, hechos que conllevan en muchas ocasiones a la muerte”.⁶⁰

Las comunidades tampoco están exentas de estos hechos y cuando han ocurrido han sido cuestionados y repudiados por las propias comunidades y pueblos indígenas, En estas circunstancias, para precautelar y garantizar los derechos colectivos, el cabildo –o gobierno comunitario– inicia un proceso de investigación para identificar a los autores intelectuales y materiales, e inclusive corrobora con la justicia ordinaria a fin de que sean juzgados. De no cumplirse con este procedimiento de investigación, la responsabilidad recae directamente en la autoridad de la comunidad, que es el presidente, el cabildo o el gobierno comunitario, según la estructura organizativa.

A excepción de estos casos, la sociedad y las autoridades de las instancias públicas y privadas atribuyen estos hechos a los pueblos indígenas –en base únicamente a la información de los medios de comunicación (prensa escrita y televisiva) que tergiversan el contexto de la justicia indígena-, tildándolos de actos salvajes, primitivos, de barbarie y violatorios de los derechos humanos. Esta conducta acusatoria está unida a la falta de interés del Estado y de las autoridades de las instituciones públicas de reconocer, respetar y fortalecer el sistema jurídico indígena. Sin embargo, varios estudios han demostrado que los linchamientos “no son ni histórica ni geográficamente un fenómeno estrictamente latinoamericano”,⁶¹ de los pueblos indígenas.

Finalmente, es necesario aclarar que el derecho propio es un sistema de desarrollo de la vida, porque establece las normas de comportamiento, criterios de

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 55.

⁶¹ Carlos Rodríguez Cervera, *op. cit.*, p. 55.

relación interpersonal e interfamiliar, y las “formas de solucionar o arreglar los conflictos que surgen como resultado de las relaciones que se dan en toda la vida”.⁶² Así mismo, ayudan a “restaurar el tejido social desgarrado de muchas comunidades como instrumento de armonía y paz social, conforme a los mejores valores de la cosmovisión indígena”.⁶³

8. El sistema de justicia indígena como fuente de garantía del derecho a la libertad

Las nacionalidades y pueblos indígenas ejercen “el control social de las diversas conductas que se dan mediante un complejo sistema de autoridades y mediante controles sociales, culturales, espirituales y también coercitivos”.⁶⁴ A esto se suma que la “resolución de conflictos son cercanos a la población y responden adecuadamente a su cultura y necesidades sociales, y goza de mayor legitimidad y eficacia en el ámbito en el que operan”.⁶⁵

En este sentido, la administración de justicia indígena dispone de varias alternativas de sanción respaldadas en los principios y valores de la comunidad o pueblo, garantizando de manera especial el derecho a la libertad y a la vida. En esta lógica:

⁶² “Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra (2001)”, *op. cit.*, p. 89.

⁶³ Carlos Rodríguez Cervera, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁴ Raquel Yrigoyen Fajardo, “El debate sobre el reconocimiento...”, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 86.

Lo que caracteriza a la justicia indígena es la primacía del criterio de resolver conflictos, arreglar, llegar a puntos medios, antes que sólo declarar ganadores/ perdedores. Esto permite recuperar niveles de armonía social dentro de una red compleja de parentescos sanguíneos y políticos, donde todos son parte de numerosas redes de parentesco y reciprocidad. La importancia dada al consenso, así como a la reparación y restitución antes que al mero castigo.⁶⁶

Sin embargo, existen casos en que las relaciones políticas y de parentesco inciden en las resoluciones de la justicia indígena, pudiendo afectar a unos y beneficiar a otros. Para regular esas actuaciones se puede mencionar algunos mecanismos. Uno es la conformación de una comisión representativa, integrada por ex dirigentes, mediadores, *yachaks*, consejeros; y otro, la máxima autoridad de la comunidad o pueblo (asamblea o miembros de la comunidad) debe exigir que la infracción no quede en la impunidad y la sanción sea aplicada de acuerdo a la gravedad del hecho; estas actuaciones exigen una postura neutral por parte de las autoridades indígenas.

Por otra parte, en el derecho propio el objetivo principal no es la privación de la libertad; ésta es una medida preventiva que tiene vigencia hasta realizar las investigaciones y establecer la sanción. Además garantiza la restitución de los objetos o bienes sustraídos a los afectados y a su familia o comunidad, por romper su armonía. Por otro lado, las sanciones se aplican conforme a la gravedad del delito, sanciones que van desde el baño con ortiga hasta la expulsión de la comunidad.

En ocasiones se procede a la retención del sujeto, con el fin de calmar los ánimos y permitir que reconozca el error y asuma su responsabilidad. En este caso

⁶⁶ *Ibíd.*

“inclusive se le deja libre para reparar el daño; caso contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública, la suspensión de derechos e incluso la expulsión”.⁶⁷

En contraposición, en el sistema occidental “mantener a alguien en la cárcel no sólo es el inicio del proceso de hacer justicia sino también su culminación”.⁶⁸ La privación de la libertad no sólo afecta a la persona sino también a los familiares (hijos, hijas, madres, padres, otros) y a las relaciones comunitarias, en los ámbitos social, económico y cultural.

El encarcelamiento implica la “suspensión de derechos políticos y la restricción de derechos civiles, económicos y sociales [...] de una persona, principalmente el derecho a la libertad, al libre tránsito, a elegir y ser elegido en elecciones políticas”.⁶⁹ En este sentido, la privación de la libertad contraviene los valores y principios de *ama killa*, *ama llulla* y *ama shwa*, que rigen la vida comunitaria de los pueblos indígenas:

Es frecuente escuchar de las autoridades indígenas su rechazo a la cárcel como sanción, aduciendo que al así sancionado se le daña el corazón pues, en el ocio en que permanece, alimenta el odio contra los que considera responsables de la privación de su libertad y aprende a delinquir con otros presos más experimentados con quienes comparte la reclusión, de manera que cuando sale libre representa un peligro potencial mayor para las comunidades a donde regresa.⁷⁰

⁶⁷ Elisa Cruz Rueda, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Guillermo Padilla, *op. cit.*, p. 172.

Por el contrario, en el sistema jurídico de los pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a la libertad es uno de los bienes más preciados de la persona, por lo que es garantizado en su más alta expresión. Al aplicar la sanción el propósito es rehabilitar y recuperar no sólo la armonía espiritual sino también la colectiva.

En contraposición a la privación de la libertad existen otras formas de sancionar –como la expulsión –, la que se impone cuando la falta es grave; por ejemplo, en caso de asesinato o reincidencia.

En cambio –como ocurre en el caso No. 1026-08, en Colombia– la autoridad indígena resuelve la privación de la libertad como sanción por un asesinato, a fin de que cumpla su pena en la cárcel común del país. Esta actuación –que identifica las diferentes formas de administración de la justicia indígena en cada país–, se desolla de acuerdo a la realidad y necesidad de los pueblos indígenas; en este caso, las prácticas, usos y costumbres tratan de asimilarse a los sistemas de justicia estatal.

Esta sanción impuesta por la autoridad indígena contraviene con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, que reconocen la aplicación de las medidas alternativas e, inclusive, las autoridades del sistema judicial no pueden imponer estas medidas a miembros de una comunidad indígena procesada.

En el Ecuador, de una u otra manera, los pueblos indígenas mantienen autonomía en la aplicación de los usos y costumbres; por lo tanto, el derecho a la libertad está garantizado. En último caso, cuando la infracción fuere la más grave, la autoridad indígena puede autorizar que el reo sea juzgado por las autoridades del sistema ordinario; las prácticas y normas, por consideraciones éticas, morales y culturales, impiden a la autoridad indígena imponer una pena de privación de la libertad, peor aún para que ésta se cumpla en una cárcel común.

Capítulo II

Principios de autonomía de la justicia indígena en el Ecuador

1. Autodeterminación o autonomía de los pueblos indígenas

1.1 Autodeterminación

En el derecho internacional el término autodeterminación de los pueblos surge luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando se crea la Organización de las Naciones Unidas. La carta fundadora de dicha organización, en su Art. 2, declara que una de las metas de la organización es la de: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos, tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

Posteriormente, el Art. 1 de la Declaración sobre la Cesión de Independencia a Países y Pueblos Coloniales, de 1960, dice: “todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Esta Declaración fue posteriormente ratificada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, y por el de Derechos Civiles y Políticos.

Este derecho se puede aplicar “cuando se trata de un territorio geográficamente separado y étnica o culturalmente distinto del país que administra este territorio”.⁷¹ Estas condiciones limitan la autodeterminación y la libre determinación de los pueblos indígenas, por encontrarse su hábitat natural dentro de

⁷¹ Willem Assies, “Pluralismo, autodeterminación y autonomías”, en *Revista de Debate Jurídico, Asamblea Constituyente otra Bolivia es posible*, No. 17, Santa Cruz, CEJIS, 2005, p. 482.

un Estado nacional. Sin embargo, en los ámbitos nacional e internacional, los pueblos indígenas plantean el reconocimiento a la libre determinación, autodeterminación, autogobierno, autonomía; “términos que, si bien con matices propios, condensan todos ellos el contenido de las reivindicaciones”,⁷² tales como: el derecho al territorio, a la cultura, al desarrollo, etc.

El derecho a la libre determinación “es el primer derecho colectivo que permite ejercer todos los demás. Queda reconocido en los instrumentos internacionales como atributo de todos los pueblos y es considerado como una herramienta esencial para la supervivencia y la integridad de sus sociedades y culturas”.⁷³

Previo a la ratificación del Convenio 107 los pueblos indígenas plantean, ante la Organización Internacional del Trabajo, el reconocimiento de los derechos al territorio, la cultura, el desarrollo y la libre determinación. Estos temas generan tensión en el ámbito internacional, pues los pueblos indígenas tienen ese derecho porque son constituidos bajo un régimen propio y no por delegación de un Estado.

El Art. 1.3 del Convenio 169 de la OIT reconoce como sujetos de derechos a los pueblos indígenas y tribales, aunque limita el derecho a la libre determinación, al establecer que “la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

En cambio, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación, en tanto éste se ejerza interna y localmente. El Art. 3 dice: “los pueblos indígenas tienen derecho a la

⁷² Marco Aparicio Wilhelmi, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Mikel Berraondo, coord., *op. cit.*, p. 399.

⁷³ Marie Léger, “El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas”, citado por Marco Aparicio Wilhelmi, *op. cit.*, p. 408.

libre determinación. En virtud de ese derecho determinan su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, y el Art. 4 reafirma que “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como de disponer de los medios para financiar sus autonomías”.

De lo expuesto se puede colegir que los dos instrumentos internacionales otorgan sustento a ciertas formas de autonomía, al reconocer como sujetos de derechos a los pueblos indígenas, los mismos, que se “define[n] en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas”.⁷⁴ Se destaca en este concepto el principio básico de la autoidentificación.

En este contexto los pueblos indígenas vienen exigiendo el reconocimiento del derecho a la libre determinación, lo cual no significa independencia soberana sino “la posibilidad de los pueblos de autodeterminar su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, sus condiciones de desarrollo”;⁷⁵ es decir, el ejercicio de sus derechos con autonomía dentro de un mismo Estado.

⁷⁴ Magdalena Gómez Rivera, “El derecho indígena frente al espejo de América Latina”, en Virginia Alta, Diego Iturralde y M. A. López-Bassols, *Pueblos indígenas y Estado en América Latina*, Quito, AY, 1998, p. 7.

⁷⁵ Marco Aparicio Wilhelmi, *op. cit.*, p. 409.

1.2 La autonomía

Los pueblos indígenas plantean el reconocimiento de la autonomía en los siguientes términos: “autonomía política real (elección de las propias autoridades con competencia y medios para legislar y administrar en los asuntos propios, incluyendo el acceso a los recursos naturales), de demarcación de territorio propio, y desde el punto de partida, de replanteamiento de las relaciones con la instituciones estatales”.⁷⁶ La autonomía es entendida como una manifestación interna de la autodeterminación, que se puede dar en distintos niveles y grados, de acuerdo a la realidad y necesidad de los pueblos. Al respecto, Hoekema hace referencia a la existencia de dos formas de autonomía de los pueblos indígenas: política e interna.

La autonomía política se entiende como una forma de encarnar el derecho de libre determinación que incumbe a pueblos. Se refiere a la capacidad formalmente garantizada en manos de una comunidad, un territorio o ambos, de autogobernarse, de tener su propio gobierno y territorio, de autogestionarse y de administrar recursos según sus propias normas y criterios.⁷⁷

Dicha capacidad es reconocida por el derecho internacional para el ejercicio del derecho a la libre determinación. La autonomía interna que la gran mayoría de los pueblos indígenas demanda, implica:

la existencia de régimen un nacional político-legal de devolución de poderes, administrativos, legislativos y jurisdiccionales en cuanto a un ámbito amplio de

⁷⁶ *Ibíd.* p. 410.

⁷⁷ Diego Iturralde y E. Krotz, comp., “Desarrollo indígena: pobreza, democracia y sustentabilidad”, citado por André Hoekema, *op. cit.*, p. 272.

asuntos de vida, así como poderes de participación en la renta nacional y en la forma de decisiones nacionales o provinciales que afecten la vida de un grupo específico de individuos y/o los habitantes de un territorio específico.⁷⁸

En este marco, la CONAIE plantea la autodeterminación como el “derecho que tienen las nacionalidades y pueblos indígenas a elegir su propio sistema político y jurídico, así como su modelo de desarrollo económico, social, científico y cultural en un territorio geográficamente definido dentro del marco del Estado unitario y plurinacional”.⁷⁹

La efectivización de estos derechos genera conflictos con el Estado, y los gobiernos han usado los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas para frenar las demandas políticas de los indígenas.

En resumen, la autodeterminación significa el ejercicio de los siguientes derechos:

1. Ser reconocidos como pueblos con identidades propias, tener territorio, y autoridades elegidas por las propias comunidades.
2. Ser consultados en los programas de desarrollo y educación que se implementen en sus tierras y comunidades.⁸⁰ Este derecho, reconocido por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, y la Constitución del Ecuador, “busca fortalecer la determinación de estos pueblos de mantener, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad de acuerdo con sus

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ CONAIE, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁰ Ampam Karakras, “Propuestas y demandas indígenas a los Estados”, en V. Alta, D. Iturralde y M. A. López Bassols, comp., *op. cit.*, p. 9.

propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.⁸¹

3. El ejercicio del poder jurisdiccional, que significa la aplicación y ejercicio de la justicia indígena, no solamente dentro de su ámbito territorial sino también en los espacios de asentamientos (urbanos), siempre y cuando cumplan con los elementos que los caracterizan; esto es, que cuenten con una estructura social, política y jurídica propias.

El pleno ejercicio de estos derechos requiere de la implementación de políticas públicas y de leyes que armonicen con los derechos colectivos, de manera especial en relación a la justicia indígena.

2. La jurisdicción como principio de autonomía en la justicia indígena

El territorio y la jurisdicción son elementos indispensables para la autodeterminación de los pueblos indígenas. Estos términos constituyen el eje central no sólo para su subsistencia sino también como un espacio de reproducción cultural, donde el pueblo indígena mantiene “esa relación de interdependencia y esa vinculación política, espiritual y cultural y comparte ciertos derechos sobre los recursos del suelo y subsuelo, y está regido por un gobierno común con normas

⁸¹ Magdalena Gómez “El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo”, en Mikel Berraondo, coord., *op. cit.*, p, 142

propias y jurisdicción dentro del cual la autoridad ejerce gobierno con competencia y autonomía”.⁸²

El Convenio 169 de la OIT define al territorio como el espacio de la reproducción identitaria de un pueblo indígena, pero no reconoce de manera explícita una determinada jurisdicción sobre ese territorio; hay una tendencia a enfatizar en el territorio como referente de identidad y no como el ámbito que delimita el ejercicio de la jurisdicción sobre ese territorio, como forma de gobierno.

Por su parte, María Teresa Sierra⁸³ analiza la jurisdicción indígena desde tres ejes: el ámbito de la jurisdicción; el reconocimiento del derecho indígena; y la articulación entre el sistema nacional y el derecho indígena.

El ámbito de la jurisdicción, es decir, el “ámbito de ejercicio de la autonomía y del gobierno propio, implica un espacio territorial donde ésta sea válida”. Dicha jurisdicción se encuentra directamente relacionada con el territorio, por constituir “el núcleo central en torno al cual gira la vida de los pueblos indígenas”, y el espacio donde se concretan los procesos para la solución de los conflictos y la búsqueda de la armonía interna. Sin embargo, por el fenómeno de la migración campo-ciudad, el ámbito territorial de los pueblos indígenas se ha ido ampliado a los espacios urbanos de las grandes ciudades, por lo que la jurisdicción de la justicia indígena no puede estar limitada al territorio, si no al ámbito organizativo y cultural.

Por el contrario, los pueblos indígenas que tienen definidos los territorios, demandan al Estado el reconocimiento de un régimen territorial, por ser “éste el ámbito en que se definen jurisdicciones propias y ajenas [...] debe también tener en cuenta el ámbito de autonomías indígenas, ya que es aquí donde se establecen las

⁸² Mikel Berraondo, “Pueblos indígenas y derechos territoriales”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *op. cit.*, p. 170.

⁸³ María Teresa Sierra, “Autonomía y pluralismo jurídico: el debate Mexicano”, en Milka Castro y María Teresa Sierra, coord., *op. cit.*, p. 32 y 33.

competencias que corresponde a cada jurisdicción”,⁸⁴ lo que va más allá de un espacio comunal.

En el proceso de administración de justicia indígena la jurisdicción está vinculada a los “líderes de la comunidad o del conjunto de comunidades involucradas en un determinado problema y a la pertenencia étnica. Sin embargo, los límites de la jurisdicción se amplían a veces a otras comunidades de otras provincias a las que pertenecen los acusados, con las cuales se coordina para el juzgamiento”.⁸⁵

Concluyendo, podemos decir que la jurisdicción indígena tiene competencia respecto de los hechos, casos, situaciones, o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial, social y cultural de los pueblos indígenas.

La jurisdicción del derecho indígena. En torno a esta relación se delinean dos posiciones: por un lado quienes tienden a identificar a la jurisdicción indígena como el ámbito de vigencia únicamente del derecho indígena, en tanto ejercicio del autogobierno y, por otro lado, quienes postulan la jurisdicción indígena con un espacio a construir, de recreación de nuevas normas y competencias, en donde el derecho indígena sea el referente central.⁸⁶

Frente a estas dos posiciones los pueblos indígenas plantean que el derecho indígena es un conjunto de sistemas: político, económico, social, cultural. Así mismo, constituye el “conjunto de normas producidas por los indígenas a través de las instituciones, normas de conducta a las que todos deben obediencia, unas porque garantizan la pacífica convivencia de los miembros de la comunidad y otras porque

⁸⁴ Asier Martínez de Brindas, “El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. La difícil construcción de una política internacional”, en Salvador Martí y Puig, edit., *Pueblos indígenas y política en América latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2007, p. 323.

⁸⁵ Fernando García y Vanessa Saltos, “Formas indígenas de administración de justicia. Tres estudios de caso de la nacionalidad kichwa de la Sierra y Amazonía ecuatorianas”, en Angélica M. Bernal, comp., *op. cit.*, p. 98.

⁸⁶ María Teresa Sierra, *op. cit.*, p. 34.

preservan la identidad de la comunidad”,⁸⁷ aspectos que se interrelacionan para garantizar la vigencia y ejercicio de los derechos colectivos.

La articulación jurídica entre el sistema nacional y el derecho indígena. Es necesario establecer los límites de la jurisdicción y la forma en que estos sistemas puedan relacionarse; así, los límites están dados por el marco constitucional, siempre y cuando, “se reconozca referentes normativos de interlegalidad dentro de la jurisdicción estatal, con agentes, dispositivos e instancias abiertas a considerar el punto de vista del derecho y la cultura indígena, así como la opinión razonada de las autoridades indígenas, permitiendo tanto la expresión de voces individuales como las del mismo colectivo”.⁸⁸

La articulación debe ser desarrollada con base en los siguientes elementos: a) la existencia de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades, b) el derecho propio (normas y procedimientos propios), y c) la sujeción de dichas jurisdicciones a la Constitución, los derechos humanos y d) la existencia de una ley que coordine entre los dos sistemas. Así:

los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de recreación de normas y procedimientos–, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.⁸⁹

⁸⁷ Julio César Trujillo: “Administración de justicia indígena”, en Judith Salgado, comp., *op. cit.*, p. 101.

⁸⁸ María Teresa Sierra, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁹ Sentencia C-139/96 de la Corte Constitucional de Colombia, citada por Fernando Flores Giménez, “Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombiana”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *op. cit.*, p. 254.

En este sentido, la jurisdicción como elemento de la autonomía de los pueblos indígenas, siempre estará condicionada a la pretensión de tutelaje y las “exigencias de compatibilidad con el derecho estatal ya sea por homologación o validación”;⁹⁰ y sus decisiones puedan ser revisadas por la Corte Constitucional; por consiguiente, la decisión final no queda nunca en manos de los pueblos indígenas. Se puede garantizar el respeto a la autonomía indígena, siempre y cuando esa instancia cuente con la presencia de los pueblos y se respete el derecho a la diversidad cultural; caso contrario, las decisiones pueden limitar el ejercicio de la justicia indígena.

A pesar de las contradicciones existentes entre estos dos marcos jurídicos, es necesario establecer mecanismos de articulación, porque no es suficiente el reconocimiento de la justicia indígena sino su materialización en propuestas legislativas que respeten los dos sistemas jurídicos y garanticen el reconocimiento de una autonomía que otorgue poder y libertad a los pueblos indígenas para tomar sus propias decisiones.

3. Los instrumentos internacionales como fuente de autonomía de la justicia indígena

3.1 Análisis del Convenio 169 de la OIT sobre justicia indígena

Frente a la invisibilización de los pueblos indígenas en el mundo, varios organismos han generado propuestas de reconocimiento de derechos a colectividades indígenas. El Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se

⁹⁰ Asier Martínez de Brindas, *op. cit.*, p. 224.

refiere a la no discriminación de las minorías, dispone que los Estados donde existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no les negarán el derecho a tener su propia vida cultural, a practicar y profesar su propia religión, y a emplear su propio idioma.

A partir de este instrumento surgen otras propuestas de análisis y reconocimiento a la cuestión indígena. El organismo que inicia este proceso es la OIT, que en 1957 expide el Convenio 107, considerado como uno de los primeros instrumentos internacionales sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes.

Este Convenio se caracterizó por responder a un modelo proteccionista e integracionista a las formas de vida occidentales. Por lo tanto, las “nociones de desarrollo, cambio cultural y construcción nacional animan a toda una serie de políticas estatales, desde una perspectiva integral en una amplia gama de asuntos, incluyendo la educación, la salud, la formación profesional y la industria rural”,⁹¹ razón por la que los pueblos censuraron el contenido y contexto de dicho instrumento. Para la expedición del Convenio 169 la OIT cambió de enfoque y elaboró el nuevo convenio con un contenido más intercultural.

Este Convenio es significativo por el conjunto de derechos que incluye, tales como: el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y a controlar, en la medida de lo posible, su desarrollo económico social y cultural. Según el Art. 7, los pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles

⁹¹ Luis Rodríguez Peñero Royo, “Pueblos indígenas y derecho internacional: una historia incómoda”, en Aracely Burguete Cal y Mayor, coord., *op cit.*, p. 94.

de afectarlos directamente. Así mismo, el respeto a la cultura e instituciones, incluidas sus formas de gobierno y el derecho consuetudinario, los territorios y las tierras indígenas, y las formas de inversión social, trabajo, salud, educación y cultura.

Con el reconocimiento del término pueblo el Convenio propugna superar el modelo excluyente del Estado: “admite muy diversas posibilidades de control y autodeterminación propias, incluso formas de autonomía, pero siempre en el marco de los Estados existentes”.⁹² Estos derechos contribuyen a ejercer la autonomía y el autogobierno, al menos internamente, y –al aplicar la legislación nacional– exigen a los Estados el respeto a usos, costumbres y derecho consuetudinario indígenas.

En relación a la justicia indígena el Convenio reconoce dos ámbitos de acción: el “acceso a su propia justicia, como a la justicia estatal en condiciones de respeto de sus propios idiomas y de la diversidad cultural que les distingue”.⁹³ En cuanto al acceso a su propia justicia, las disposiciones son ambiguas. Por un lado, reconoce el derecho de conservar las costumbres e instituciones propias pero, por otro, el Art. 8 establece límites cuando señala: “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”; es decir, se respetará el sistema jurídico de los pueblos indígenas en la medida en que sea compatible con estos estándares.

Sin embargo, las prácticas de usos y costumbres de los pueblos indígenas constituyen acciones de interrelación y convivencia de los miembros de un colectivo con características de identidad cultural propias; mientras tanto, los instrumentos

⁹² Lizbeth Siverstsen, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes”, en Fortunato Turpo Ch., comp. *Derechos humanos y pueblos indígenas*, Perú, UNAS, 2000, p. 38.

⁹³ María Belén Pascual, “Acceso a la justicia por los pueblos indígenas de Latinoamérica”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *op. cit.*, p. 69.

internacionales y los ordenamientos jurídicos de los países imponen estándares normativos y mínimos jurídicos que se deben respetar. Estos últimos son trazados desde una concepción individual, cuyos titulares de derechos desconocen la “existencia de otros órdenes valorativos provenientes de otras culturas y susceptibles también de validación jurídica y de coexistencia con algunos derechos individuales”.⁹⁴

Estas concepciones generan tensión entre los derechos individuales y los colectivos; por lo tanto, en la mayoría de los casos estos últimos prevalecerán sobre los individuales. “Esta limitación establece la prevalencia del derecho individual sobre el colectivo, lo que en la práctica puede traducirse en otorgar el derecho de veto a cualquier miembro de la comunidad.”⁹⁵ A esto se suma la falta de respeto y reconocimiento de las resoluciones de las autoridades indígenas por parte de las autoridades del sistema occidental, así como la arrogación de funciones por los operadores de justicia, acciones que limitan el ejercicio de los derechos colectivos.

En cuanto al acceso a la justicia estatal, el Art. 9.2 del Convenio se refiere a la necesidad de que la legislación nacional y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Así mismo, el Art. 10 dispone que cuando se impongan sanciones penales a miembros de dichos pueblos se deberá tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y deberá darse preferencia a sanciones distintas al encarcelamiento.

⁹⁴ Julio César Trujillo, “La jurisdicción indígena: derecho constitucional internacional y comparado”, en Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara, *Justicia indígena en el Ecuador*, UASB / Projusticia, p. 36.

⁹⁵ Magdalena Gómez Rivera, “Evolución de las políticas de los Estados”, en V. Alta, D. Iturralde y M. A. López-Bassols, *op. cit.*, p. 21.

Los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos se construyeron a partir de una “perspectiva monojurídica que involucra un etnocentrismo, un racismo profundo y la reproducción de la doctrina y práctica patriarcales”.⁹⁶ En este sentido, el Estado tiene dificultades para garantizar el acceso a la justicia a los pueblos indígenas, por las siguientes condiciones: la ausencia de traductores de las lenguas indígenas en todas las instancias del sistema judicial ordinario, y la inexistencia de peritos, antropólogos y especialistas en derecho indígena, “elementos todos indispensables y necesarios para proporcionar a los jueces los suficientes elementos de juicio que les permita pronunciar sentencias basadas en la interpretación propia de las culturas indígenas”.⁹⁷

El Convenio 169, a pesar de las ambigüedades en sus disposiciones, constituye uno de los principales canales de la internacionalización de las cuestiones indígenas en América Latina. Este instrumento tiene el carácter de norma internacional, y los Estados miembro deberán someterse a los procedimientos de supervisión de normas reguladas por la OIT.

El Convenio fue ratificado por el Congreso y el Gobierno del Ecuador, en abril de 1998. En este instrumento se reconocen importantes derechos, y los pueblos indígenas adquieren la condición de nuevos sujetos de derecho. Sus “disposiciones son potencialmente invocadas ante los organismos internacionales competentes como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”.⁹⁸

⁹⁶ Aura Estela Cumes, “Mujeres, poder y justicia: de guardianas a autoridades en la construcción de culturas y cosmovisiones”, en Miriam Lang, Anna Kucia, comp., *op. cit.*, p. 34.

⁹⁷ Fernando García Serrano, “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la integralidad”, en Santiago Ubidía y Luis Fernando Ávila, edit., *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 493.

⁹⁸ Valentín Bou Franch, “En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *op. cit.*, p. 159.

3.2 Análisis de la Declaración de las Naciones Unidas

El proceso de discusión y análisis de la Declaración se inicia en 1982, cuando el Consejo (actual Comité) Económico y Social de las Naciones Unidas estableció el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas, para desarrollar un instrumento sobre los estándares de los derechos humanos que protegerían a los pueblos indígenas.

En 1985 el grupo de trabajo preparó un borrador de Declaración; posteriormente, en 1993, sometió este documento a conocimiento y decisión de la Subcomisión de la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, instancia que aprobó esta Declaración preliminar en 1994. Luego de una serie de procedimientos institucionales, el 29 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Posteriormente, la 60 Sesión de la Asamblea General de la ONU, por desacuerdos fundamentalmente del bloque de países africanos, en diciembre de 2006, pospone la votación por un año, con el objeto de realizar nuevas consultas.⁹⁹

Durante 25 años los pueblos indígenas han trabajado en el interior del sistema internacional de Naciones Unidas para alcanzar el reconocimiento pleno de todos sus derechos y libertades fundamentales. Con la vigencia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, los Estados se comprometen a proteger los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, así como a respetar sus sistemas jurídicos.

⁹⁹ Coordinadora de Organizaciones Originarias Campesinas de Bolivia, “Breve resumen de antecedentes del proceso de aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas”, en *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT*, La Paz, 2007, p. 5.

En la referida Declaración es importante precisar tres derechos fundamentales, que, aunque de manera limitada, reconocen la autonomía y la jurisdicción de los pueblos indígenas, así como el derecho a la libre determinación, el consentimiento libre e informado y los sistemas jurídicos propios. Ellos son:

1. El derecho a la libre determinación y, por consiguiente, a la autonomía y al autogobierno en asuntos internos (Art. 3).
2. El reconocimiento del derecho al consentimiento libre e informado, previa a la realización de cualquier acción administrativa o legislativa que los afecte (Art.19). Este derecho constituye un avance importante, a diferencia del derecho a la consulta establecido en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT que omite un elemento principal que es el del consentimiento, ligado al derecho a las tierras y territorios (Arts. 25-30) y al mantenimiento y desarrollo de sus propios sistemas de vida y de autoorganización, entre otros.
3. Los Arts. 34 y 35 conminan a desarrollar y mantener las instituciones propias y los sistemas jurídicos; de manera particular los pueblos tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Los instrumentos citados ratifican y garantizan la función jurisdiccional y la capacidad de las autoridades indígenas para la aplicación de normas y procedimientos en la solución de los conflictos dentro de su circunscripción territorial. El ordenamiento jurídico del Ecuador reafirma estos derechos al reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derechos.

Sin embargo, la situación jurídico-política provoca una brecha entre la implementación de la legislación vigente y la realidad cotidiana. De allí que sea vital el vínculo entre los derechos y las políticas públicas; sin embargo, el reconocimiento

ya es un “primer paso para la elaboración de políticas públicas que aseguren su participación en un proceso de desarrollo que realmente les beneficie para crear un círculo virtuoso de realización de sus derechos, desarrollo con identidad y autodeterminación”.¹⁰⁰

4. Análisis comparativo de la justicia indígena en las Constituciones de 1998 y 2008

4.1 Constitución Política de 1998

La reforma constitucional de 1998 responde a la incidencia de varios actores y factores, entre ellos, la lucha de los pueblos indígenas y los movimientos sociales, y las crisis política y económica presentes en la coyuntura.

Al momento de instalarse la Asamblea Constitucional, el movimiento indígena tenía una propuesta de reforma constitucional que priorizaba el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos. Por otra parte, era la primera vez en la historia nacional que los indígenas tenían assembleístas propios, elegidos a través del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik.

En este contexto el movimiento desarrolla una serie de estrategias y acciones –movilizaciones e incidencia y presión políticas– para lograr la ratificación del Convenio 169 por parte del Congreso Nacional, instrumento jurídico que sirvió de base para consagrar en la Constitución el reconocimiento de los derechos colectivos

¹⁰⁰ Isabell Kempf, “Resistiendo al viento: avances y retrocesos en el desarrollo reciente de los derechos de los pueblos indígenas en las Naciones Unidas”, en Salvador Martí i Puig, edit., *op. cit.*, p. 179.

de los pueblos. Así, la Constitución reconoce, entre otros, los siguientes derechos y principios: identidad y cultura, educación bilingüe, salud intercultural, tierras y territorios, formas de organización social y política, establecimiento de circunscripciones territoriales, y autoridades indígenas para administrar justicia.

En relación a la administración de la justicia indígena, el Art. 191, inciso 4, establece que “las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”. Así mismo, el Art. 84, numeral 7, garantiza el derecho a “conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad”, y el Art. 224 reconoce las circunscripciones territoriales indígenas.

De lo anterior, claramente se puede deducir que en la Constitución existen elementos suficientes para garantizar el ejercicio pleno de estos derechos. Sin embargo, en la práctica se han generado grandes tensiones con el sistema ordinario, debido a que las disposiciones constitucionales son ambiguas y contradictorias y, en el caso de la administración de justicia indígena, se ha visto reducida a meras reformas del poder judicial, llegándose inclusive a equipararla con los medios alternativos de solución de conflictos: la mediación, el arbitraje y los jueces de paz. Así, el inciso 3 del Art. 191, dice: “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”; en igual sentido, el inciso 4 del mismo artículo, reconoce a las autoridades indígenas facultad para ejercer funciones de justicia aplicando normas y procedimientos

propios para la solución de los conflictos internos, desconociendo la existencia del sistema jurídico propio de los pueblos indígenas.

Desde esta visión, la justicia indígena “no es entendida como un espacio autónomo de jurisdicción indígena, de ahí que toda articulación formalmente intercultural en cuanto a expresión del pluralismo jurídico pase por hoy día por una subordinación del derecho indígena a las lógicas jurídicas del Estado”,¹⁰¹ factor que ha dificultado el avance de la legislación secundaria en esta materia.

Frente a la debilidad del sistema ordinario de administración de justicia, la administración de justicia indígena, considerada como un medio alternativo para la solución de conflictos, “funciona más como remedo del derecho estatal que como un ámbito de soberanía propia”:¹⁰² su ejercicio no es respetado por las autoridades del sistema ordinario, y en ocasiones se la ha confundido con los linchamientos o ajusticiamientos.

Estos aspectos confluyen en el desequilibrio entre estos dos sistemas jurídicos. “Mientras el derecho estatal siempre puede ingresar en los sistemas normativos indígenas, bien como derecho supletorio del derecho indígena, bien modificando prácticas indígenas consideradas heterodoxas, el derecho indígena no puede hacer lo mismo respecto al derecho estatal”.¹⁰³ Por lo tanto, solo el derecho estatal puede establecer límites y la justicia indígena debe desarrollarse al margen de lo establecido por el sistema ordinario.

En los diez años de vigencia de la Constitución de 1998 estos derechos “no tuvieron el impacto que podía esperarse en las condiciones reales de vida del grueso

¹⁰¹ Asier Martínez de Brindas, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

Eliminado: ,

de la población en general, menos aún en la población indígena”;¹⁰⁴ es decir, el desarrollo de los derechos colectivos en la leyes y políticas públicas fue nulo.

4.2 Constitución de la República del Ecuador de 2008

En cambio, la Constitución de 2008 contiene elementos que reconocen y garantizan el ejercicio de este derecho, y ayudan a consolidar un avance progresivo en el desarrollo de la autonomía de la justicia indígena. Entre estos elementos se destacan los siguientes:

1. La instauración del modelo de Estado plurinacional reconoce la diversidad de los pueblos y nacionalidades y contiene una pluralidad de principios relacionados con los derechos fundamentales.
2. Los derechos colectivos a establecer un sistema de administración y política, las circunscripciones territoriales, la participación en los organismos del Estado, los sistemas de educación, la consulta previa y demás principios generales (*sumak kawsay*), entre otros.

Con respecto a la justicia indígena, el Art. 171 de la Carta Magna, señala:

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

¹⁰⁴ Gina Chávez, “El derecho propio: destapando la caja de pandora”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008, p. 71.

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 la constitucionalidad. La ley establecerá mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

De lo citado podemos colegir algunos avances, en cuanto a los siguientes elementos:

- a) La función jurisdiccional, que implica la competencia que tiene la autoridad de la comunidad, pueblo y nacionalidad indígena para administrar justicia dentro de su territorio, aplicando normas y procedimientos propios. La determinación del ámbito territorial, constituye el hábitat que los pueblos ancestralmente vienen ocupando y es el espacio donde se establece la jurisdicción y competencia.
- b) La participación y decisión de las mujeres. Dicha participación no solamente se debe limitar al proceso de administración de justicia indígena sino que se debe ampliar a todas las instancias. Este es un espacio que hay que fortalecer en el derecho indígena.
- c) Las decisiones de la jurisdicción indígena serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Esto ayuda a disminuir el nivel de confrontación de las autoridades indígenas con las del sistema ordinario. Este reconocimiento ratifica la existencia del sistema jurídico indígena y la vigencia del pluralismo jurídico.

Las decisiones de las autoridades indígenas son cosa juzgada. La disposición constitucional expresa otros mecanismos que limitan la jurisdicción de los pueblos indígenas al disponer que dichas decisiones estarán sujetas al control de la Corte Constitucional cuando las prácticas indígenas rebasen los límites materiales de los derechos reconocidos en la Constitución, declaraciones, tratados y convenios internacionales. Este control significa una limitación al ejercicio de la jurisdicción indígena.

Además existen otros derechos que pueden fortalecer el sistema jurídico de los pueblos indígenas para garantizar la autonomía del derecho propio, tales como:

- El reconocimiento a las autoridades de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios (Art. 56).
- El derecho a conservar y desarrollar sus 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 (Art. 57.9). Este derecho permite la reivindicación y el fortalecimiento de las formas tradicionales de organización y funcionamiento de las nacionalidades y pueblos indígenas (consejo de ancianos, gobiernos comunitarios, parlamentos, etc.).
- El reconocimiento a las comunas sobre la propiedad colectiva de la tierra, como una forma de organización territorial, y a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita (Arts. 57.6 y 321).
- La definición de las circunscripciones territoriales indígenas, como gobiernos de régimen especial, para la preservación de su cultura (Art.

60). Estos gobiernos ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos (Art. 257 inciso1). En este contexto es posible lograr el pleno ejercicio de la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas para la solución de conflictos.

- En este marco se establece el pluralismo jurídico, el que es necesario fortalecer para que implique la “posibilidad de disponer de imaginarios jurídicos plurales que garanticen el reconocimiento del derecho indígena y sus jurisdicciones, estableciendo límites materiales y formales”.¹⁰⁵

Finalmente, el pluralismo jurídico no trata solamente de reconocer los diferentes sistemas normativos indígenas, sino de impactar en el orden instituido, convirtiéndolo en un orden jurídico plural. Esto significa reconocer la “autonomía para garantizar el ejercicio de jurisdicciones y gobiernos propios”.¹⁰⁶ La autonomía no implica separación del Estado ni poner en cuestión su soberanía, pues los pueblos indígenas se identifican como ciudadanos del Estado ecuatoriano y al mismo tiempo como colectividades que los diferencian de los demás.

¹⁰⁵ Asier Martínez de Brindas, *op, cit.*, p. 225.

¹⁰⁶ María Teresa Sierra, *op, cit.*, p. 39.

Capítulo III

Análisis de caso: expedientes fiscales y procesos penales sustanciados por las fiscalías indígenas

1. Antecedentes y finalidades de las fiscalías indígenas

1.1 Antecedentes

La creación de las fiscalías indígenas forma parte de la implementación de las políticas públicas en el marco del Estado pluriétnico y multicultural. Estas fiscalías se constituyen por iniciativa del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), institución que tiene como misión “generar políticas públicas en aras de implementar y lograr el respeto y el fortalecimiento de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades”.¹⁰⁷ La creación de estas instancias, mediante convenio interinstitucional, constituyen un avance importante en el desarrollo de las políticas públicas.

Estas fiscalías inician su funcionamiento a partir de la firma del convenio interinstitucional entre el Ministerio Público y el CODENPE; su creación responde a la necesidad de que el Ministerio Público “establezca nexos de acercamiento con las comunidades indígenas, observando el debido proceso y la defensa de los derechos humanos, a fin de que la aplicación del sistema procesal penal sea ágil, efectivo y oportuno en la tramitación de los procesos penales que demanda este sector”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Lourdes Tibán, *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Siedel, 2008, p. 52.

¹⁰⁸ Acuerdo de Creación de las Fiscalías Indígenas No: 064-MFG-2007, de 8 de noviembre de 2007.

De esta forma, el Ministerio Público –en coordinación con el CODENPE– desde noviembre de 2007 asume la responsabilidad de “implementar dentro de su propia estructura la Unidad de Asuntos Indígenas, Secretarios y Amanuenses. En primera instancia se crea como planes pilotos en las provincias o distritos de Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo e Imbabura”,¹⁰⁹ y hasta la fecha funcionan en 11 provincias del país.

El proceso de creación de las fiscalías indígenas contó con la presencia de las instituciones del Estado encargadas de implementar las políticas públicas y con la ausencia de análisis de los pueblos indígenas del Ecuador. A pesar de que los espacios creados por el movimiento indígena se han caracterizado por aplicar mecanismos de participación en la socialización, el consenso y la toma de decisiones, de manera sorprendente en este caso se omitió el proceso de consulta y toma de decisiones por parte de las comunidades, los pueblos y las nacionalidades.

De todas formas, dado que se trata de un proceso de reciente implementación, sería de esperar que se supere esta carencia de participación y se operen cambios positivos en este sentido. Caso contrario es previsible que se generen tensiones y conflictos con las autoridades indígenas o los gobiernos comunitarios.

¹⁰⁹ Art. 1 del Acuerdo No. 064-MFG-2007.

1.2 Finalidades y funciones

El Acuerdo No. 064-MFG-2007 establece que las fiscalías indígenas cumplirán, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Conocer las denuncias o partes de aprehensión en el distrito, que involucren a personas de comunidades indígenas y tengan relación con casos de derechos colectivos.
- b) Con el apoyo de la policía judicial, dirigir e impulsar la investigación preprocesal y procesal penal; dictar la resolución de inicio de la fase de indagación previa y de la etapa de instrucción fiscal, e intervenir en las demás etapas del proceso penal.
- c) Efectuar actos urgentes que fueren necesarios en virtud de su competencia, y los demás que les corresponda, de conformidad con lo previsto en la Constitución, los instrumentos internacionales, la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Código de Procedimiento Penal y demás normativa relacionada.

El actual Fiscal General del Estado, Washington Pesantez, expresa que las fiscalías de asuntos indígenas tienen como propósito “optimizar el servicio de la institución y permitir a los diferentes pueblos y nacionalidades el acceso a la justicia penal [...] resolver problemas del pasado, pues muchos casos relacionados con indígenas se llevaban a cabo en español, pese a que la mayoría de estos pueblos hablan kichwa”.¹¹⁰

¹¹⁰ El diario.ec, “Crean fiscalías de asuntos indígenas en Ecuador”, disponible en www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/81725-crean-fiscalias-de-asuntos-indigenas-en-ecuador/, visitado el 21 de octubre de 2009.

Desde la perspectiva del ex Fiscal de Asuntos Indígenas, Edgar Guatemal, son facultades de esta unidad: “conocer toda clase de denuncias (escritas y verbales en kichwa) o partes de aprehensión que se presenten en el Distrito de Pichincha en las cuales estén involucradas personas de comunidades indígenas, y que tengan relación con casos de derechos colectivos.”¹¹¹

El Fiscal Provincial de Imbabura, Merck Benavides, dice:

Estas fiscalías van a conocer los mismos casos que la justicia ordinaria. No es que vayan a conocer con base en el derecho consuetudinario o para hacer justicia en coordinación con los cabildos; eso no es cierto. Simplemente el fiscal de asuntos indígenas lleva el trámite del proceso de acuerdo al Código de Procedimiento Penal. Su finalidad es que, si yo hablo kichwa y español, cuando vengan miembros de las comunidades indígenas ellos hablen en kichwa y yo los entienda y atienda de mejor forma, para garantizar los derechos individuales y colectivos.¹¹²

El Juez de Garantías Penales de Latacunga, José Luis Segovia, sostiene que las fiscalías indígenas fueron creadas con el fin de tramitar todos los procesos en los cuales existan como partes procesales personas que pertenezcan a las comunidades indígenas y que no hayan aceptado se les aplique la justicia indígena. Los fiscales indígenas deben cumplir con los procedimientos ordinarios que prevé el Código de Procedimiento Penal, cuando los sujetos procesales expresamente admitan la jurisdicción ordinaria.¹¹³

¹¹¹ Edgar Guatemal, “Las fiscalías indígenas”, en *Seguimos trabajando: Yamai Pacha*, No. 47, Quito, INDESIG / Fundación Hanns Seidel, 2008, p. 71.

¹¹² Merck Benavides, Fiscal Provincial de Imbabura, entrevista realizada el 15 de octubre de 2009.

¹¹³ José Luis Segovia, Juez Tercero de Garantías Penales de Latacunga, entrevista realizada el 23 de octubre de 2009.

La ex Secretaria Ejecutiva del CODENPE, Lourdes Tibán, al referirse a las fiscalías indígenas, manifiesta que éstas tienen como objetivo primordial:

velar por el respeto y la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas dentro de la justicia ordinaria, cuando un indígena sea procesado por esta justicia. En el proceso inicial de investigación e indagación de alguna infracción, las fiscalías garantizarán la vigencia y el fortalecimiento de la lengua materna, los símbolos indígenas, los sistemas jurídicos del pueblo o comunidad a la que pertenecen; plantearán sanciones distintas, como dispone el Convenio 169 de la OIT; se analizarán las infracciones o el delito desde la cosmovisión indígena, e incluso en algunos casos, cooperarán con la autoridad de los pueblos indígenas y velarán por el cumplimiento del debido proceso y los derechos humanos. En muchos casos se inhibirán de conocer y proseguir con la investigación de un hecho denunciado y los remitirán a las autoridades indígenas, respetando su jurisdicción y competencia como lo faculta la Constitución.¹¹⁴

De lo expuesto se aprecia que el ámbito de acción de las fiscalías indígenas va mucho más allá de la sola presencia indígena y, por otro, que sus funciones están limitadas por las leyes y controladas por el Ministerio Público. Respecto a lo primero, aquello debió haber constado en el acuerdo de creación de las fiscalías indígenas. En cuanto a lo segundo, al determinar que las funciones se deben cumplir de acuerdo a las normas jurídicas del sistema ordinario, dicho instrumento limita el ámbito de aplicación de las normas, lo que contraría el real ejercicio de las fiscalías indígenas.

¹¹⁴ Lourdes Tibán, *op. cit.*, p. 52.

Desde la perspectiva del movimiento indígena, en cambio, las fiscalías indígenas constituyen un espacio limitado para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y la propuesta que se plantea es la de sostener y fortalecer las instituciones históricas de las comunidades, pueblos indígenas y nacionalidades, con sus autoridades o gobiernos comunitarios, los que ejercen funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.

Dado que el sistema jurídico indígena está reconocido y garantizado por la Constitución del Ecuador e instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas, el reto del movimiento indígena es conformar un sistema jurídico de administración de justicia indígena que responda a la realidad de los pueblos indígenas, estableciendo la relación con el Estado. Por tanto, la creación de las fiscalías indígenas se aparta de todo ese sistema de justicia indígena y “los fiscales indígenas pasan a formar parte de ese sistema uninacional o Estado unitario, responden a la misma estructura de la administración de justicia ordinaria y siguen los mismos procedimientos establecidos en las leyes, con la única diferencia de cambio de personas indígenas que hablan kichwa; las denuncias se receptan en kichwa y no estoy seguro de si hay mejor atención”.¹¹⁵ En este sentido es complejo concebir que las fiscalías indígenas sean un espacio de influencia de la justicia indígena en la justicia estatal; en la práctica está ocurriendo lo contrario.

De allí que, Ángel Medina, actual Secretario Ejecutivo del CODENPE, plantea la implementación de políticas públicas de los pueblos y nacionalidades de manera distinta, creando un sistema de justicia propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, que no tenga que pasar por las fiscalías ni por un espacio

¹¹⁵ Humberto Cholango, Presidente de la ECUARUNARI, entrevista realizada el 21 de octubre de 2009.

burocrático, sino que el CODENPE impulse un sistema de vida de los pueblos y nacionalidades, que comprenda: un sistema de justicia de pueblos indígenas, un sistema económico, un sistema de gobierno, un sistema educativo, un sistema de salud, es decir, un sistema de vida.¹¹⁶

Por otro lado, Edgar Tello, profesor de la Universidad Politécnica Salesiana, reconoce que las fiscalías indígenas podrían permitir que la justicia ordinaria considere y valore las diferencias culturales “porque los fiscales comunes, al tener una visión de Occidente, tienen muchos obstáculos para comprender la dinámica de los pueblos indígenas, lo que produce una incomunicación; las fiscalías indígenas podrían permitir y facilitar este proceso de comunicación”.¹¹⁷

De lo expuesto se puede concluir que las competencias y funcionamiento de las fiscalías indígenas, al ser de reciente creación, se rigen de acuerdo a las leyes estatales; así mismo, en el procedimiento y resolución de las causas pueden aplicar los derechos colectivos de los pueblos indígenas –reconocidos y garantizados en el ordenamiento jurídico nacional e internacional–, en tanto tenga relación a estos pueblos. Por lo expuesto, existen varias perspectivas, enfoques y miradas respecto de los objetivos y funcionamiento de las fiscalías indígenas. En todo caso, el análisis del proceso implementado y seguido por los fiscales indígenas puede aclarar los alcances de estas instancias de justicia.

¹¹⁶ Ángel Medina, Secretario Ejecutivo del CODENPE, entrevista realizada el 22 de octubre de 2009.

¹¹⁷ Edgar Tello, “Derechos indígenas y fiscales indígenas”, en *Seguimos trabajando: Yamai Pacha*, No. 47, Quito, INDESIG / Fundación Hanns Seidel, 2008, p. 98.

2. Análisis de los expedientes de las fiscalías indígenas de Cayambe y Latacunga

Los fiscales indígenas tienen que actuar de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, con la única diferencia de atender en el idioma kichwa y de acuerdo a los principios comunitarios. Cuando se presenta una denuncia, si es indígena, se recepta y se procede a iniciar el trámite de acuerdo al Código de Procedimiento Penal y al Código Orgánico de la Función Judicial; esto es, se debe observar el procedimiento señalado en estos cuerpos legales.¹¹⁸

2.1 Fiscalía de Pichincha Unidad de Asuntos Indígenas

Denuncia No. 019-2009-FIP-RJPQ: por el delito intrafamiliar y maltrato a tres menores; denunciante, Ilda Cholango; ofendidos, Javier Patricio, Darwin Rolando y Clarita Analía; imputados, Segundo Alfredo Tallana y María Orfelina Iguago; hecho ocurrido en la comunidad de Pisambilla, parroquia Cancahua, cantón Cayambe, provincia de Pichincha.

El presente caso se produce en las siguientes circunstancias: al fallecimiento de María Jesusa Cholango quedaron tres hijos menores de edad que responden a los nombres de Javier Patricio, Darwin Rolando y Clarita Analía Tallana Cholango, quienes permanecieron a cargo del padre Segundo Alfredo Tallana, el mismo que es denunciado por maltrato a los menores de edad, situación que se agrava cuando el padre empieza a convivir con María Orfelina Iguago. Igualmente, la menor Clarita

¹¹⁸ Edgar Guatemal, ex Fiscal de Pichincha, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

Analía sufrió maltratos físicos por parte de su madrastra, quien le ocasionó varias contusiones, existiendo huellas físicas de lo ocurrido.

Frente a estos hechos, Ilda Cholango, tía de los menores, presenta la denuncia ante la autoridad correspondiente (la Fiscalía de Asuntos Indígenas en Cayambe), organismo que debe poner la denuncia por escrito, cuando ésta se ha presentado de forma verbal.

La primera actuación de la fiscalía fue la de disponer el reconocimiento de la denuncia, según señala el Art. 46 del Código de Procedimiento Penal. Esta diligencia se la efectúa bajo juramento, conforme señala el Art. 45 (fojas 3).

En este caso, se trata de una denuncia por el presunto delito de maltrato intrafamiliar a tres menores por parte de su padre y la madrastra, siendo la denunciante quien representa a los tres menores ofendidos. El fiscal indígena inicia la indagación previa y en el mismo acto dispone la práctica de las siguientes diligencias: el examen médico legal a uno de los ofendidos, la recepción de la versión libre y sin juramento de la accionante, y nombra y posesiona a la perito (fojas 7).

Además de estas diligencias dispuestas por la fiscalía, el fiscal sale a “las comunidades a socializar el tema de la administración de justicia indígena dentro de su ámbito territorial, acto en el que recalca que las autoridades de esta comunidad son los jueces competentes para resolver los conflictos; además, sus resoluciones no pueden ser cambiadas por los jueces ordinarios porque constituyen cosa juzgada, sujeta al control constitucional. En esta socialización se aclaran los alcances y límites de la justicia indígena y los límites y diferencia con el linchamiento.”¹¹⁹

¹¹⁹ Rómulo Pallo Quisilema, Fiscal de Asuntos Indígenas de Pichincha, Cayambe, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

Posteriormente el fiscal dispone el cumplimiento de varias diligencias, entre ellas: la recepción de las versiones de la denunciante y de otros (fojas 9 y 11), y la recepción del informe médico legal. Por existir méritos suficientes y al amparo del Art. 164 del Código de Procedimiento Penal, con estas evidencias solicita al Juez Décimo Sexto de Garantías Penales de Pichincha la detención por 24 horas de los imputados, con fines investigativos (fojas 12). Atendiendo a este pedido, el juez dispone la detención provisional de los imputados y emite la boleta de detención (fojas 17). Acto seguido el Fiscal de la Unidad de Asuntos Indígenas solicita se señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos (fojas 20). La audiencia tiene lugar el 20 de abril de 2009, a las 09H39, con el fin de calificar la flagrancia del delito.

Una vez concluida la audiencia, la comuna jurídica Pisambilla, mediante comunicación dirigida al señor Juez Décimo Sexto de Garantías Penales de Pichincha, solicita “que decline la competencia a favor de la comunidad de Pisambilla, para la aplicación de la administración de justicia indígena (fojas 23).

Según manifiesta el fiscal del cantón Cayambe, cuando en la comunidad se ha cometido una infracción, por pedido de la autoridad indígena o del presidente de la comunidad, en forma escrita y sin firma de abogado, a menudo ha solicitado al Juez de Garantías Penales que decline la competencia, de conformidad con el Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial y del Art. 171 de la Constitución vigente. Una vez que recibe la petición, el juez analiza la documentación, debiendo la comunidad justificar la personería y el nombramiento de la autoridad indígena. Con estos requisitos el juez declina la competencia.

En el caso referido, mediante Oficio No. 315-2009-JDSP, dirigido al Jefe de la Policía Judicial de Cayambe el 21 de abril de 2009, el juez hace conocer que deja

sin efecto la detención por 24 horas ordenada en providencia anterior y declina la competencia ante las autoridades de la comunidad de Pisambilla, a fin de que ella aplique la administración de justicia indígena a los imputados miembros de la comunidad, dentro de su propia jurisdicción.

Una vez conocida la resolución del juez, la comunidad asume la competencia y juzga a los victimarios, acto que es registrado en una acta remitida a la fiscalía. Este documento contiene los siguientes aspectos: los tres menores de edad quedan bajo cuidado de la abuela materna, por cuanto el padre, Segundo Tallana, sale a trabajar y el mayor tiempo quedan con la madrastra; el padre deberá pagar una pensión alimenticia de \$ 140 mensuales hasta que los menores cumplan la mayoría de edad; el padre mejorará la construcción de la casa, a fin de garantizar la vivienda y servicios básicos a los menores. Por el delito cometido, el padre y la madrastra deberán realizar trabajo comunitario (preparación de media hectárea de terreno comunitario); además se les aplicará una sanción reparadora (ejemplificadora de purificación), consistente en el baño con agua fría y ortiga en la acequia cercana a la comunidad. Finalmente se establece que, en caso de reincidencia, se los someterá a la justicia ordinaria, previa autorización de la comunidad. Así mismo, se hace constar la solicitud de desestimación de la denuncia al Fiscal y al Juez Décimo Sexto de Garantía Penales se le pide el archivo de la causa. Concluye el caso sin ninguna otra actuación por parte de la fiscalía indígena.

Del análisis de este expediente se desprende que los fiscales indígenas, a más de cumplir con el procedimiento establecido en la normativa legal existente, realizan otras diligencias extraprocesales:

[se] comunican con las víctimas y victimarios, para recabar mayor información y obtener la verdad de los hechos; para este propósito, el diálogo y la reflexión son elementos fundamentales. Antes de continuar con el trámite, se pide a las partes someterse a las autoridades indígenas de su jurisdicción. En ocasiones las comunidades se niegan a asumir esta responsabilidad, otras no administran justicia, y algunas cometen excesos. En estos casos me ha tocado actuar y pedir a las autoridades indígenas que vengan a la fiscalía para conversar. Las víctimas colaboran informando la dirección y teléfono de las autoridades indígenas, lo que facilita la comunicación y solución de los conflictos.¹²⁰

Por otra parte, dado que las comunidades indígenas tienen facultad jurisdiccional para conocer y resolver todos los casos, desde un robo de gallina hasta un asesinato, es necesario señalar que en ocasiones las fiscalías indígenas colaboran con las comunidades para la solución de diversos conflictos, no sólo en el ámbito penal: juicios de alimentos, reconocimiento de hijos, establecimiento de linderos, etc. Sin embargo, dentro de la Fiscalía General hay la tendencia a considerar que las comunidades sólo deben conocer delitos menores, mientras que los pueblos indígenas manifiestan que deben conocer y juzgar todos los asuntos, puesto que la administración de justicia indígena, dentro de su ámbito territorial, constituye la autoridad competente y su resolución es cosa juzgada y sujeta al control constitucional, según lo establece el Art. 171 de la Constitución del Ecuador.¹²¹

Para concluir, es necesario indicar que en sus actuaciones las fiscalías indígenas deberán respetar la jurisdicción indígena; por lo tanto, antes de receptor las denuncias, sean éstas orales o escritas, deberán cerciorarse que las autoridades

¹²⁰ Edgar Guatemal, ex Fiscal de Pichincha, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

¹²¹ Rómulo Pallo Quisilema, Fiscal de Asuntos Indígenas de Pichincha, Cayambe, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

indígenas hayan conocido privativamente de un hecho delictuoso; caso contrario deberán remitirlas a ellas, para mantener la autonomía de la administración de justicia indígena.

En el expediente analizado se puede observar que aquello no ocurrió. Por el contrario, se agrava la situación cuando se dictó una orden de detención contra los imputados, medida que no existe en el sistema indígena, vulnerando todo principio de respeto al sistema jurídico indígena. Inclusive, la Policía Judicial, en cumplimiento de la orden de detención, ingresó a la comunidad violando la jurisdicción y competencia de las comunidades indígenas.

De lo actuado se desprende que los fiscales indígenas –al cumplir con las funciones y obligaciones dispuestas por el sistema estatal y, además, por el compromiso adquirido con las organizaciones y comunidades– no logran aplicar las normas establecidas en el Acuerdo No. 064-MFG-2007, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Constitución de la República, como tampoco respetan la jurisdicción indígena, provocando una intromisión en el sistemas de administración de justicia indígena.

2.2 Fiscalía de Asuntos Indígenas de Cotopaxi: análisis de dos casos

Primer caso. Denuncia No. 074-08, por delito de violación. Denunciante, Nelly Victoria Pila; ofendida, Silvana Andrango Pila; imputado, Ángel Alcides Gómez; lugar de los hechos: la ciudad de Latacunga.

El 22 de abril de 2006, la menor de edad Silvana Maritza Andrango, dio a luz a un menor inscrito como Esteban Gómez Andrango, a consecuencia de una

violación cometida por Ángel Alcides Gómez. La víctima (de 13 años de edad) debía trasladarse a la ciudad de Latacunga los días sábados, para cumplir con sus estudios a distancia. El delito fue cometido a mediados de julio de 2005 y el responsable continúa acosando a la menor, no obstante de su condición de casado (fojas 1).

Como se desprende del proceso, mediante sorteo la denuncia recae en la Fiscalía Distrital de Cotopaxi del Dr. Fernando Cabrera, quien procede al reconocimiento de la denuncia interpuesta por Nelly Victoria Pila, con domicilio en el barrio Pucará, parroquia Tanicuchi, cantón Latacunga (fojas 4). El fiscal inicia la indagación previa y solicita las diligencias del caso (fojas 6).

En las versiones receptadas la denunciante se ratifica en el contenido de la demanda y la versión del imputado dice:

Yo conviví con la señorita Silvana Maritza Andrango durante cuatro años; vivimos en la casa de la mamá Nelly Pila, hasta que nos separamos en enero del 2008, por lo que planteó el juicio de alimentos y puso la denuncia por violación en la Tenencia Política de Toacazo; cuando nos citó a la oficina nos acercamos los dos y declaramos la verdad y Silvia dijo que nunca fue violada (fojas 13).

Realizadas algunas diligencias, el abogado defensor de Nelly Victoria Pila, solicita se dé inicio a la instrucción fiscal, requiriendo la orden de prisión preventiva (fojas 23). A fojas 33 y 55 el imputado solicita se agregue al proceso, entre otros, los siguientes documentos: copias xerox certificadas del juicio de alimentos No. 01-08, y el acta de mutuo acuerdo, firmada en la Tenencia Política de Toacazo. Consiguientemente, la denunciante renuncia al derecho a presentar acusación particular y solicita que pase la causa a conocimiento de la Fiscalía de Asuntos

Indígenas, por ser un hecho sucedido en la comunidad (fojas 57). De igual forma, el imputado solicita al Agente Fiscal de Cotopaxi se inhiba de seguir conociendo la causa y pase a la Fiscalía de Asuntos Indígenas (fojas 59).

De lo actuado se desprende que la sola renuncia de la acusación particular y la petición de traslado del proceso a la Fiscalía de Asuntos Indígenas, da fe de que es función de esta fiscalía solicitar la competencia y receptor la denuncia, por lo que puede caer en cuestionamiento de su existencia, tal como manifestaba un juez: “mientras se tutelen los derechos y las garantías de las personas sometidas a un procedimiento, como en el caso de las comunidades indígenas, es admisible la existencia de las mismas; si es sólo para justificar actuaciones de otra índole, el sistema ordinario tiene sus procedimientos y sus fiscales”.¹²²

El Fiscal del Distrito de Cotopaxi, atendiendo el pedido de declinar la competencia, desplaza el conocimiento del expediente a la Fiscalía de Asuntos Indígenas de Cotopaxi, con el fin de que éste avoque conocimiento y resuelva lo pertinente (fojas 75). Consiguientemente, el Fiscal de Asuntos Indígenas asume la competencia, y la denunciante reconoce firma y rúbrica del desistimiento suscrito y expresa su voluntad de que el caso sea juzgado por la comunidad (fojas 77).

A continuación se adjunta al proceso el acta de la asamblea extraordinaria de la Unión de Organizaciones Campesinas del Norte de Cotopaxi (UNOCANC), realizada el 17 de agosto de 2008, en la comunidad de Plancha Loma, parroquia Toacazo, cantón Latacunga. Las autoridades indígenas, de conformidad con el Art. 171 de la Constitución, asumen la competencia y aplican la justicia indígena, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos.

¹²² José Luis Segovia, Juez Tercero de Garantías Penales de Latacunga, entrevista realizada el 23 de octubre de 2009.

El contenido del acta cumple el debido proceso de la justicia indígena, esto es: *willachina* (denuncia o demanda), *tapuikuna* (investigación de los hechos), *chimpapurana* (careo o aclaración de los hechos), *kishpichina* (imposición de la sanción), y *paktachina* (ejecución de la sanción). En este caso, el procedimiento más importante fue el de *chimpapurana* entre la ofendida y el imputado, realizada ante la asamblea general. Según la ofendida: “desde hace más de tres años hemos sido enamorados con el señor Angel Gómez; fruto de nuestro enamoramiento y relación amorosa tenemos un hijo; nunca me violó pues todo pasó con mi consentimiento”. De igual forma el imputado relata los hechos y solicita no ser sancionado, pues nunca cometió delito alguno.

Frente a estas circunstancias, las autoridades y asistentes a la asamblea, previo el cumplimiento del debido proceso, pasan al momento de *kishpichina*. Al constatar que los hechos ocurridos no constituyen delito de violación, porque así lo ratifican las partes, resuelven:

1. Sancionar al señor Ángel Gómez por incumplir las buenas costumbres de la comunidad y por faltar al respeto a la menor de edad, dejando el caso como precedente para evitar que en el futuro ocurra hechos similares.
2. Aplicar la sanción del baño con ortiga y seis latigazos, ejecutados por las mujeres, acompañando consejos y llamadas de atención al sancionado y a todos los asistentes.

En este caso se puede apreciar que, sin existir petición de la comunidad a la fiscalía indígena, ésta se inhibe de conocer el caso y lo remite a la autoridad indígena para la solución del conflicto, sin justificación legal y formal, a excepción de diligencias extraprocesales realizadas ante las autoridades indígenas. Sin embargo,

mientras se ratifica su rol de receptor de denuncias, el proceso se ha dilatado meses, mientras que el proceso de administración de justicia indígena se resuelve en pocos días.

No obstante, seguido el proceso de indagación previa en la fiscalía indígena, se puede concebir como procedente el archivo del caso por desestimación de la denuncia con base, en unos casos, de un acta de mutuo acuerdo o, en otros, por resolución de la comunidad. Conforme al Art.171 de la Constitución, se faculta a las comunidades para la aplicación de la justicia indígena, la misma que debe juzgar a una persona. “Si el hecho se halla en conocimiento de la justicia ordinaria, el juez puede declinar la competencia y remitir a las autoridades indígenas; cuando en el proceso existe un acuerdo entre las partes, el juez no está obligado a archivar el caso porque no se ha juzgado ni se ha aplicado la justicia indígena”.¹²³

Hay actuaciones que corroboran la falta de celeridad y veracidad en los procedimientos de las causas en el sistema ordinario. Por el contrario, se visibiliza la actuación de las autoridades indígenas en procesos de administración de justicia indígena que cumplen las características propias, como: la oralidad, la celeridad, la búsqueda de la armonía y la paz de la comunidad.

Segundo caso. Denuncia No. 09-03-10008. Delito, violación; denunciante, Segundo Pedro Pablo Chachapoya; ofendido, Diego Armando Chachapoya; imputados, Miguel Chachapoya y Oswaldo Panchi; lugar, Barrio Laipo Chico, parroquia Juan Montalvo, cantón Latacunga, provincia de Cotopaxi.

¹²³ José Luis Segovia, Juez Tercero de Garantías Penales de Latacunga, entrevista realizada el 23 de octubre de 2009.

La presente causa se da inicio con los siguientes hechos. El día martes 10 de marzo de 2009, a eso de las 01H30 de la madrugada, llegan unos familiares al domicilio del señor Segundo Pedro Pablo Chachapoya a informarle que su hijo, Diego Armando Chachapoya, se encuentra desnudo en el barrio Laipo Chico, con presunción de muerte:

Cuando llegamos Diego Armando estaba metido en una cuneta, envuelto con una chalina que habían prestado los moradores del sector; luego la señora Isabel Guanoquiza comunica que a eso de las 23H00 o 24 H00 escuchó gritos, se acercó al lugar y vio a Miguel Chachapoya Panchi, quien ha estado encima de mi hijo violando; a unos 20 metros del lugar de los hechos se encontró también a Oswaldo Panchi, por lo que presumo que él también ha violado a mi hijo. De forma inmediatamente trasladamos al chico al Hospital de Latacunga.¹²⁴

El caso se inicia por denuncia del señor Segundo Pedro Pablo Chachapoya Guanoluisa, padre de Diego Armando Chachapoya, quién fue sujeto de violación (fojas 1), causa que recae ante el Agente Fiscal del Distrito de Cotopaxi de turno, ante quien se hace el reconocimiento de la denuncia cumpliendo lo establecido en el Art. 46 y 47 del Código de Procedimiento Penal y del Art. 45 del mismo Código (fojas 1 vlta.), con lo que se da inicio a la indagación previa y se dispone la práctica de varias diligencias, entre ellas: el reconocimiento médico legal, recepción de versiones, designación de dos agentes del Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Cotopaxi, para que practiquen el reconocimiento del lugar de los hechos (fojas 3). Posteriormente el imputado solicita al Agente Fiscal del Distrito de

¹²⁴ Declaración del señor Segundo Pedro Pablo Chachapoya Guanoluisa, padre de Diego Armando Chachapoya ofendido.

Cotopaxi la declinación de la competencia y que el proceso sea desplazado a la Unidad de Asuntos Indígenas de la Fiscalía Provincial de Cotopaxi (fojas 14).

A fojas 15, 16 y 31 del expediente, el fiscal constata la certificación de la personería jurídica de la comunidad de Laipo Chico y de la autoridad respectiva, otorgada por el Presidente de la Unión de Sectores Urbanos y Rurales del cantón Latacunga, así como el certificado del Presidente del Movimiento Indígena Campesino de Cotopaxi, confirmando que la comunidad es parte de la organización de segundo grado antes indicada, y que el señor Agustín Panchi Molina es presidente del barrio Laipo Chico.

Mediante comunicación del 11 de marzo de 2009, dirigida al Agente Fiscal de Cotopaxi, el señor Segundo Panchi Molina, presidente de la comunidad de Laipo Chico, afirma: “amparados en lo que establece el Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, solicito su declinación de competencia y que el proceso sometido a su conocimiento sea desplazado a la Unidad de Asuntos Indígenas de la Fiscalía de Cotopaxi (fojas 32).

Posteriormente, la víctima Diego Armando Chachapoya solicita la NO declinación de la competencia en este proceso, por cuanto el barrio Laipo Chico no es una comunidad indígena, no tiene autoridad indígena, además de que “no hemos tenido costumbres propias, ni prácticas ancestrales, peor un derecho propio de los pueblos indígena” (fojas 44).

Estas circunstancias, que pueden presentarse no sólo en éste sino en muchos otros casos, se generan principalmente por la falta de autoidentificación de pertenencia a un pueblo indígena, el desconocimiento de la autoridad indígena, la falta de confianza para someterse ante sus autoridades y, por consiguiente, surgen conflictos de competencia entre los dos sistemas.

Para los pueblos indígenas la autoidentificación es uno de los elementos esenciales, ya que define la pertenencia a la circunscripción territorial, espacio donde la autoridad indígena tiene la facultad jurisdiccional para administrar justicia; por lo tanto, cualquier miembro tiene que someterse a dicha justicia: “no es cuestión de querer o no; [...] si uno comete un delito tiene que ser sancionado por el juez natural que es la comunidad, pero para solucionar, la comunidad tiene que respetar los mínimos procesos jurídicos elementales”.¹²⁵

Por otro parte, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son colectividades ancestrales reconocidas por la Constitución y, por ende, por sus autoridades. Sin embargo, en la estructura de los pueblos indígenas no sólo existen las comunidades sino también los barrios indígenas, que mantienen su propia forma de organización social y política. Así por ejemplo, el Art. 8 del Estatuto Jurídico del Pueblo Kichwa Otavalo (ubicado en la provincia de Imbabura), establece que son sus miembros:

- a) Las comunidades ubicadas dentro de la circunscripción territorial del pueblo otavalo;
- b) Los barrios indígenas periféricos de Otavalo;
- c) Las uniones de comunidades;
- d) Las organizaciones que representen a los indígenas radicados en el sector urbano de la ciudad de Otavalo, que se hayan autodefinido con autoridades propias y acaten sus normas y procedimientos.

¹²⁵ Rómulo Pallo Quisilema, Fiscal de Asuntos Indígenas de Pichincha, Cayambe, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

- e) Las demás comunidades que se autodefinan como pueblo otavalo y a futuro soliciten su ingreso.¹²⁶

De lo anterior se puede establecer que los pueblos indígenas están constituidos por comunidades, barrios de las zonas urbanas, y organizaciones indígenas radicadas en el centro de la ciudad. Esta situación se da en varias ciudades, por ejemplo, la organización Jatun Ayllu, en la ciudad de Quito, que mantiene su propia forma de organización social y política.

Un elemento para la falta de confianza en la justicia indígena hace referencia a que las sanciones aplicadas por las autoridades indígenas no son lo suficientemente drásticas, ya que por cualquier delito la sanción no pasa del baño con ortiga y de latigazos. Sin embargo, las comunidades aplican medidas reparadoras y es necesario “establecer los límites de las sanciones, no por un asesinato se puede aplicar el baño o latigazos”.¹²⁷

Continuando con el análisis de este caso, una vez cumplidas las diligencias ordenadas en el inicio de la indagación y otras solicitadas por las partes, el Fiscal del Distrito de Cotopaxi (a fojas 35), atendiendo al pedido de que decline la competencia, desplaza el conocimiento de esta investigación al Fiscal de la Unidad de Asuntos Indígenas de Cotopaxi para que conozca del hecho y ordene lo que fuere de ley, al amparo de lo que dispone el Art. 23 del Código de Procedimiento Penal. Ante la insistencia de que se inhiba de seguir conociendo el caso, se ratifica el desplazamiento del conocimiento de esta investigación (fojas 36).

Consiguientemente, el Fiscal de Asuntos Indígenas asume la competencia y dispone que se prosiga con la investigación y que el presidente de la comunidad

¹²⁶ “Estatuto del pueblo kichwa otavalo, aprobado en el I Congreso, Otavalo, 2007.

¹²⁷ Merck, Benavides, Fiscal Provincial de Imbabura, entrevista realizada el 15 de octubre de 2009.

Laipo Chico justifique que se encuentra determinada como comunidad indígena (fojas 44). Además dispone el cumplimiento de varias diligencias, entre ellas, la rendición y ampliación de versiones ante el Fiscal de Turno, en especial de las realizadas por los imputados.

Uno de los aspectos a resaltar en este proceso es que las segundas declaraciones difieren sustancialmente de las versiones originales, inculpándose mutuamente los presuntos infractores (fojas 48 y 52). Para ello contribuyó la presencia de la autoridad indígena, puesto que desde la visión indígena decir la verdad constituye un atenuante y ayuda a solucionar un conflicto.

La providencia dictada por el Fiscal de Asuntos Indígenas reza: “en virtud de que el señor Agustín Panchi Molina hasta la presente fecha no ha justificado su calidad de presidente de la comunidad Laipo Chico para la aplicación de la administración de justicia indígena, [...] dispongo se continúe con el trámite legal ordinario” (fojas 64). Esta providencia es contraproducente e incoherente con las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial y la Constitución, normas que reconocen a las comunidades y autoridades indígenas, y garantizan el ejercicio de los derechos colectivos.

A fojas 65, según se desprende del Oficio No. 358-2009-FGE-X-VT, de 18 de mayo de 2009, el Fiscal de Asuntos Indígenas solicita al Juez de Garantía Penales de Cotopaxi señale día y hora para la audiencia de formulación de cargo, a fin de dar inicio a la instrucción fiscal. Mediante sorteo, el conocimiento del caso recayó en el Juzgado Tercero de Garantía Penales de Cotopaxi.

En el acta de audiencia oral de formulación de cargos, por encontrarse reunidos los requisitos establecidos por el Art. 167 de Código de Procedimiento Penal, se ordenan medidas cautelares de orden personal (fojas 68 y 69). Nuevamente

existe el pedido de señalamiento de día y hora para la audiencia de formulación de cargos, a fin de vincular la instrucción fiscal a otra persona (fojas 96).

El acta de la audiencia oral de formulación de cargos extiende por 30 días más la vinculación de la instrucción fiscal (fojas 111). Posteriormente se dicta la providencia, por la cual se declara concluida la presente instrucción fiscal (fojas 130). A fojas 131 y 132 consta la providencia del Juez de Garantías Penales, declarando concluida la instrucción fiscal, disponiendo tenga lugar la audiencia de preparación de juicio y formulación del dictamen fiscal, y señalando día y hora para la audiencia oral. A fojas 134, la providencia del Juez Tercero de Garantías Penales, entre otros puntos, dice:

agreguese al proceso el escrito de José Antonio Toapanta (representante de la comunidad de Laipo Grande), quien previamente ha solicitado la declinación de la competencia para la aplicación de la justicia indígena, manifestando que no desea hacer incidente de competencia por las amenazas que está recibiendo por parte de los familiares del ofendido, por lo que el peticionario en el plazo de cuatro días y bajo prevenciones legales, debe comparecer a reconocer su escrito de desistimiento del incidente de competencia.

Es importante señalar que el juez puede declinar la competencia “en todos los casos en que se hubiera juzgado y no se hubiera resuelto en la justicia ordinaria, y pudieran provocarse incidentes de competencia. No declinará cuando los sujetos procesales de las comunidades, en forma expresa, hubieren renunciado a la justicia indígena y se sometan a la justicia ordinaria”.¹²⁸

¹²⁸ José Luis Segovia, Juez Tercero de Garantías Penales de Latacunga, entrevista realizado el 23 de octubre de 2009.

En este caso el Juez Tercero de Garantía Penales dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los imputados, que es apelado ante la Sala Especializada de lo Penal, la misma que confirma el auto de llamamiento a juicio y sobresee a otro; una vez ejecutoriado, dispone la audiencia oral de acuerdo a probatorios y enunciación de la prueba ante el Tribunal de Garantías Penales, para lo cual señala día y hora, conforme a fojas 135 del expediente.

Del análisis del proceso se puede colegir dos aspectos; por un lado se cumple el procedimiento establecido en las normas vigentes del sistema ordinario; por otro, el fiscal de turno, el de asuntos indígenas y el juez tercero de Cotopaxi –a pesar del pedido expreso del presidente de la comunidad de que estas autoridades declinen la competencia, y de la justificación de existencia de la comunidad y de sus autoridades– con argumentos no convincentes continúa el proceso y, como se puede observar, la competencia se radica definitivamente en el ámbito de la justicia ordinaria. Este alegato contraviene lo dispuesto en los Arts. 10 y 56 de la Constitución, que reconocen a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como titulares de derechos, y por consiguiente garantizan los derechos colectivos.

Las autoridades indígenas rechazan la competencia por falta de garantías y respeto de la facultad jurisdiccional que señala el Art. 171 de la Constitución del Ecuador.

Finalmente, en el proceso se ha dictado un auto de llamamiento a juicio, el que ha subido en apelación a la Sala de lo Penal, siendo ratificado. En lo actuales momentos se encuentra en la fase de juzgamiento e imposición de las penas correspondientes, por parte del Tribunal de Garantías Penales.

3. ¿Constituyen las fiscalías indígenas un espacio para fortalecer la autonomía de la justicia indígena?

Del análisis de los procesos y los criterios expresados por las personas mencionadas en este trabajo, se pueden observar algunas actuaciones positivas, mientras que otras entran en conflicto con la justicia indígena.

Entre los aspectos positivos se destacan los siguientes: las denuncias son llevadas por indígenas, por lo tanto el idioma permite a todas las personas expresarse con mayor soltura y confianza; hasta el momento existe mayor transparencia en los procesos; los jueces y fiscales, aunque con ciertos temores, declinan la competencia amparados en el Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial. También se aprecia que algunos fiscales tienen comunicación con las autoridades indígenas. En suma, se considera que las fiscalías son un apoyo para el fortalecimiento de la administración de justicia indígena, por cuanto,

Como fiscal nunca he tomado una decisión; lo que hago es orientar, dar pautas para que se dé cumplimiento del Art. 171 de la Constitución del Ecuador, a fin de fomentar aún más las tradiciones indígenas, la forma propia de solución de conflictos. Una vez desvirtuada o comprobada una cuestión, les manifiesto: “sancionen, juzguen; ustedes son los competentes, no es el fiscal sino la asamblea”. Además, el objetivo es evitar que los compañeros salgan a la ciudad y busquen abogados que les sacan la plata [...], y les perjudiquen.¹²⁹

¹²⁹ Rómulo Pallo Quisilema, Fiscal de Asuntos Indígenas de Pichincha, Cayambe, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

Las diligencias solicitadas por el fiscal indígena en el proceso de investigación y la facilitación de los informes pericial, médico legal y otros, ayudan a solucionar los conflictos en las comunas”.¹³⁰

En cuanto a las actuaciones en conflicto, se pueden mencionar las siguientes:

- El momento que el fiscal avoca conocimiento de todas las denuncias, sin mayor análisis de los hechos y respecto de la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas. A este respecto, el Secretario Ejecutivo del CODENPE señala: “ellos están arrogándose funciones tanto de su propia competencia como de otras instancias de la justicia Occidental y de la justicia indígena; es una doble arrogación de funciones. Hay confusión en el ejercicio de la administración de justicia.”¹³¹
- Cuando la fiscalía –como una medida preventiva– solicita al juez la orden de detención de los imputados, y los miembros de la policía, en cumplimiento de esa orden, ingresan a la comunidad sin autorización de la autoridad indígena.
- En el proceso de investigación –una vez dictadas ciertas medidas cautelares– el fiscal indígena se comunica con las autoridades de las comunidades, a fin de que soliciten la declinación de competencia y el traslado a las autoridades indígenas para que solucionen el conflicto.

Estas actuaciones llevan, por ejemplo, a que el Juez de Garantías Penales de Cotopaxi, José Luis Segovia, considere que las fiscalías indígenas se han “convertido en receptoras de denuncias, y crean que ése es su trabajo, con lo cual se está desnaturalizando el sentido de lo que debe ser la fiscalía”.¹³²

¹³⁰ Edgar Guatemal, ex Fiscal de Pichincha, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

¹³¹ Ángel Medina, Secretario Ejecutivo del CODENPE, entrevista realizada el 22 de octubre de 2009.

¹³² José Luis Segovia, Juez Tercero de Garantías Penales de Latacunga, entrevista realizado el 23 de octubre de 2009.

Para avanzar en el proceso de coordinación entre el derecho propio y la fiscalía indígena, a continuación se plantean las siguientes pautas:

- a) Los fiscales indígenas deben buscar espacios de comunicación con las comunidades, pueblos y nacionalidades, a fin de establecer niveles de coordinación con las autoridades indígenas, lo cual, en la mayoría de los casos, no ocurre.
- b) Los fiscales indígenas, previo a la recepción de la denuncia verbal o escrita, deben remitir a la autoridad indígena a fin de que ésta conozca y juzgue cualquier conflicto o, en su defecto, solicite autorización para continuar con el trámite respectivo. De esta manera se estaría respetando la autonomía de la justicia indígena y la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas.
- c) Respetando las normas, valores y principios de los pueblos indígenas, los fiscales indígenas deben solicitar medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad. En todo caso, pueden coordinar con la autoridad indígena para que, como medida preventiva, se proceda a su retención dentro de la misma comunidad, hasta la solución del conflicto.
- d) Las fiscalías indígenas deben establecer los alcances y límites de sus actuaciones y no permanecer como meros receptores de denuncias o intermediadores en la declinación de competencias.

Los elementos expuestos constituyen algunas propuestas para que las fiscalías indígenas se constituyan en una herramienta importante en el proceso de implementación de políticas hacia la interculturalidad, sin que su existencia se limite

a la sola presencia de indígenas en la fiscalía, dentro del mismo esquema y funcionamiento del actual sistema de justicia ordinario.

La presencia de los fiscales indígenas puede entenderse como un paso en el proceso de implementación de políticas interculturales, pero no como el desarrollo del Estado plurinacional. Esto es, la interculturalidad entendida como una forma de vida, de respeto y valoración de toda forma de expresión cultural y de pensamiento de las nacionalidades y pueblos indígenas afroecuatorianos, con los demás sectores sociales del país. Por el contrario, la plurinacionalidad supone un sistema de gobierno que propugna cambios de las estructuras del sistema uninacional, a un modelo de organización política, económica y social más justa y solidaria.

La propuesta fundamental de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas es la construcción de la plurinacionalidad, “donde podamos ejercer nuestros derechos desde nuestras lógicas y prácticas, y desde nuestra visión como pueblos y nacionalidades”.¹³³

Para fortalecer el sistema jurídico de los pueblos indígenas, el CODENPE y la ECUARUNARI plantean el respeto de un sistema de justicia propio,

que debe estar reconocido, normado e interrelacionado con la justicia ordinaria, y se deben crear salas especializadas o interculturales en la Corte Nacional de Justicia, Fiscalía General, Consejo de la Judicatura, Corte Constitucional, instancias que pueden fortalecer el sistema de administración de justicia respetando la autonomía de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.¹³⁴

¹³³ Ángel Medina, Secretario Ejecutivo del CODENPE, entrevista realizada el 22 de octubre de 2009.

¹³⁴ Humberto Cholango, Presidente de la ECUARUNARI, entrevista realizada el 21 de octubre de 2009.

El desarrollo de este sistema propio no presupone la existencia de las fiscalías o de los juzgados indígenas, sino de espacios de coordinación, de fortalecimiento y de aplicación del pluralismo jurídico, que concierne la creación de instancias políticas y administrativas, el desarrollo de leyes que respeten la autonomía de la justicia indígena, y mecanismos que permitan establecer la armonización de los dos sistemas de justicia. Actualmente contamos con un marco jurídico importante: la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, y disposiciones que, de una u otra manera, garantizan los principios y procedimientos de la justicia indígena, instancias que al emitir sus dictámenes deberán respetar los principios de la interculturalidad, el pluralismo jurídico, la autonomía de la justicia indígena, el debido proceso, y la oralidad, entre otros.

Conclusiones

La justicia indígena, definida como derecho propio, constituye un sistema jurídico que cuenta con normas, principios y procedimientos propios. Sin embargo, es fundamental avanzar en la construcción de un sistema propio de justicia de las nacionalidades y pueblos indígenas, que responda a las necesidades y realidades de cada uno. Las construcciones desde la diversidad son complejas y requieren –por supuesto– de una discusión y análisis profundos a nivel interno y externo. Implican, además, un proceso de incidencia y de acciones que van desde la recuperación de formas propias de administrar justicia hasta, de ser necesario, la reformulación de algunas prácticas y costumbres jerárquicas y asimétricas de poder al interior de las familias, las comunidades y las organizaciones.

La justicia indígena es un sistema que responde a la diversidad étnica; por ende, como cualquier otro sistema, es perfectible y está en constante desarrollo. En este sentido, su aplicación genera tensiones o conflictos con los derechos individuales, principalmente con el derecho a la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad y los derechos de mujeres y niños, fundamentalmente por los límites establecidos en el marco jurídico nacional e internacional. Establecer pautas y mecanismos de conciliación o niveles de coordinación requiere de un debate profundo y de un proceso de acercamiento y conocimiento del sistema jurídico indígena.

Teniendo en consideración que el Estado debe garantizar el funcionamiento de los dos sistemas de justicia, es fundamental posicionar propuestas para ampliar el debate a nivel nacional. A continuación se esbozan algunas:

- La implementación de políticas públicas, que pueden incluir programas de formación y capacitación a los operadores de justicia, programas de fortalecimiento de la justicia indígena, creación de instancias de coordinación en los organismos de control y administrativo en el sistemas judicial, asignación de los recursos materiales y económicos.
- El desarrollo de las leyes debe partir del conocimiento y respeto de la justicia indígena, y los mecanismos de coordinación deben garantizar los principios de la autonomía, la diversidad cultural y la interculturalidad.
- Generar procesos de acercamiento, de diálogo y de participación en las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas, acciones que corresponden a las autoridades indígenas, a los organismos y a las autoridades del sistema estatal.

El presente análisis de la autonomía de la justicia indígena se centró en la relación territorio-jurisdicción, tomando en cuenta que el territorio para los pueblos indígenas constituye un eje central no sólo de subsistencia, sino también como espacio de reproducción cultural; de allí que, en las nacionalidades y pueblos indígenas definidos territorialmente, la jurisdicción está vinculada a los linderos de la comunidad o al conjunto de comunidades involucradas en el conflicto. En este mismo sentido, el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus propias tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Sin embargo, en la aplicación de la justicia indígena los límites de la jurisdicción se amplían a otras comunidades, ciudades y provincias; en esta medida, la competencia

no puede estar limitada al territorio, sino al control o poder que ejerce la autoridad indígena dentro de las estructuras sociales y culturales.

En relación al nivel o grado de autonomía que goza la justicia indígena, el marco jurídico del país y los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas, reconocen el derecho de conservar las costumbres e instituciones propias, estableciendo algunos límites: “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (Art. 8 del Convenio 169 de la OIT); estos estándares normativos y mínimos jurídicos transgreden el principio de la autonomía; inclusive se puede hablar de asimilación de prácticas y elementos conceptuales de la justicia indígena. A esto se suma el hecho de que las decisiones de las autoridades indígenas están sujetas al control de constitucionalidad. Estas limitaciones jurídicas se constituyen en relaciones de poder entre el derecho indígena y el derecho positivo, y el rol del movimiento indígena es impulsar un sistema de justicia propio, eficiente y accesible a las poblaciones indígenas.

En el Ecuador “no existen todavía marcos normativos ni instituciones que permitan una coordinación efectiva y sostenida entre ambos sistemas”.¹³⁵ Las fiscalías indígenas –si bien en algunos casos juegan un rol importante en la relación con las autoridades indígenas– no son un espacio de coordinación efectiva. Su rol principal es la recepción de las denuncias, y en casos concretos ciertos fiscales apoyan a las autoridades indígenas y facilitan la declinación de la competencia, de acuerdo al Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial. En definitiva, la fiscalía sigue constituyendo una instancia aislada, sin que ninguna institución se haya

¹³⁵ Eddie Córdor Chuquiruna, coord., “Conclusiones generales”, en *Estado de la relación entre la justicia indígena y la justicia estatal en los países andinos. Estudio de caso en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 234.

preocupado por instaurar un proceso real de acercamiento y construcción de acuerdos, lo cual visibiliza el desinterés por fortalecer la justicia indígena.

Los criterios recogidos y el análisis de los procesos, dan cuenta de algunos aspectos que deben ser tomados en consideración y puestos al debate para arribar a una real coordinación entre las autoridades indígenas y las fiscalías indígenas, tales como: identificar las causas por las cuales los fiscales pueden inhibirse de conocer las denuncias y remitirlas a la autoridades indígenas antes de la recepción; establecer mecanismos para solicitar la autorización para continuar con el conocimiento del proceso; la ejecución de las diligencias solicitadas deben respetar la autonomía y la diversidad cultural; dictaminar medidas alternativas que no impliquen la privación de la libertad en las cárceles comunes, y, principalmente, intencionar un acercamiento y comunicación con las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas.

Bibliografía

- Anaya, James, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel Berraondo, coord., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- Assies, Willem, “Pluralismo, autodeterminación y autonomías”, en *Revista de Debate Jurídico, Asamblea Constituyente otra Bolivia es posible*, No. 17, Santa Cruz, CEJIS, 2005.
- Asier, Martínez de Brindas, “El reto de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. La difícil construcción de una política internacional”, en Salvador Martí i Puig, edit., *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2007.
- Berraondo, Mikel, “Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Beuchot, Mauricio, *La interculturalidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- Borja Jiménez, Emiliano, “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, en Mikel Berraondo, coord., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- Bou Franch, Valentín, “En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CONAIE, *Proyecto Político de las Nacionalidades del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2007.

Cóndor Chuquiruna, Eddie, coord., “Conclusiones generales”, en *Estado de la relación entre la justicia indígena y la justicia estatal en los países andinos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2009.

Coordinadora de Organizaciones Originarias Campesinas de Bolivia, “Breve resumen de antecedentes del proceso de aprobación de la Declaración”, en *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT*, La Paz, 2007.

Cumes, Aura Estela, “Mujeres, poder y justicia: de guardianas a autoridades en la construcción de culturas y cosmovisiones”, en Miriam Lang, Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, Quito, UNIFEM, 2009.

Cruz Rueda, Elisa, “Principios generales del derecho”, en Huber Rudolf, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

Chávez, Gina, “El derecho propio: destapando la caja de pandora”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Tribunal Constitucional, 2008.

De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *Otras miradas de la justicia*, Bogotá, ILSA, 2002.

ECUARUNARI, *Estructura legal y sistemas jurídicos de los pueblos de la nacionalidad kichwa del Ecuador*, Quito, ECUARUNARI, 2008.

- El diario.ec “Crean fiscalías de asuntos indígenas en Ecuador”, en www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/81725-crean-fiscalias-de-asuntos-indigenas-en-ecuador.
- Flores Giménez, Fernando, “Líneas básicas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Galarza Paz, Galo, “Justicia y derecho en la administración de justicia indígena”, en Judith Salgado, comp. *Justicia indígena: aportes para un debate*, Quito, UASB / Embajada Real de los Países Bajos / AY, 2002.
- García, Fernando, y Vanessa Saltos, “Formas indígenas de administración de justicia. Tres estudios de caso de la nacionalidad kichwa de la Sierra y Amazonía ecuatoriana”, en Angélica M. Bernal, comp., *De la exclusión a la participación: Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, AY, 2000.
- , “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la integralidad”, en Santiago Ubidia y Luis Fernando Ávila, edit., *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Gómez Rivera, Magdalena, “Derecho indígena y constitucionalidad en el caso mexicano”, en Magdalena Gómez, coord. *Derecho indígena*, México, III, 1997.
- , “El derecho indígena frente al espejo de América Latina”, en Virginia Alta, Diego Iturralde y M. A. López-Bassols, *Pueblos indígenas y Estado en América Latina*, Quito, AY, 1998.

- , “Evolución de las políticas de los Estados”, en Virginia Alta, Diego Iturralde y M. A. López-Bassols, *Pueblos indígenas y Estado en América Latina*, AY, Quito, 1998.
- , “El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo”, en Mikel Berraondo, coord., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- Guatemal, Edgar, “Las fiscalías indígenas”, en *Seguimos trabajando: Yamai Pacha*, No. 47, Quito, INDESIG / Fundación Hanns Seidel, 2008.
- Gutiérrez, Margarita, y Nelly Palomo, “Autonomía con mirada de mujer”, en Aracely Burguete Cal y Mayor, coord., *México: experiencias de autonomía indígena*, México, IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas), 1999.
- Hoekema, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en Milka Castro y María Teresa Sierra, coord., *Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*, México, III, 1998.
- Jiménez, Francisco, “El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Karakas, Ampam, “Propuesta y demandas indígenas a los Estados”, en V. Alta, D. Iturralde y M. A. López-Bassols, *Pueblos indígenas y Estado en América Latina*, Quito, AY, 1998.
- Kempf, Isabell, “Resistiendo al viento: avances y retrocesos en el desarrollo reciente de los derechos de los pueblos indígenas en las Naciones Unidas”, en Salvador Martí i Puig, edit., *Pueblos indígenas y política en América latina*:

el reconocimiento de us derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI, Barcelona, Fundación CIDOB, 2007.

Marés, Carlos Frederico, “Los indios y sus derechos invisibles”, en Magdalena Gómez, coord., *Derecho indígena*, México, INI, 1997.

Moller Okin, Susan, “¿El multiculturalismo malo para las mujeres?”, en Joshua Cohen, Matthew Howard y C. Nussbaum, edit., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, New Jersey, Princeton University, 1999, traducido por María Cristina Irurita Cruz y revisado por la profesora Gabriela Castellanos, Doctorado en Humanidades, Universidad del Valle, octubre de 2006.

Mollo, Elisa Canqui, “La justicia ancestral y las mujeres: visión desde el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas”, en Miriam Lang, Anna Kucia, comp., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, Quito, UNIFEM, 2009.

Organización de Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Organización Internacional de Trabajo, Convenio 169 de la OIT.

Pascual, María Belén, “Acceso a la justicia por los pueblos indígenas de Latinoamérica”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

Pequeño Bueno, Andrea: “Vivir violencia, cruzar los límites”, en *Participación y Políticas de mujeres indígenas en América Latina*, Quito, FLACSO y Ministerio de Cultura, 2009.

Pérez, Carlos, *Justicia indígena*, Cuenca, Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, 2006.

- Portilla, Osvaldo, Eduardo Muñoz, y Javier Llobet Rodríguez, “El derecho indígena en Costa Rica: resolución de conflictos del pueblo Bribri”, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Pueblo Kichwa Otavalo, *Estatuto del Pueblo Kichwa Otavalo*, aprobado en el I Congreso, Otavalo, 2007.
- República del Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Quito, 1998.
- , “Acuerdo de Creación de las Fiscalías Indígenas”, No: 064-MFG-2007, Quito, 8 de noviembre de 2007.
- , *Constitución de la República del Ecuador*, Quito, 2008.
- Rodríguez, Luis, y Royo Peñero, “Pueblos indígenas y derecho internacional: una historia incómoda”, en Aracely Burguete Cal y Mayor, coord., *México, experiencias de autonomía indígena*, México, IWGIA, 1999.
- Rodríguez Cercera, Carlos: ¿Qué es el derecho indígena?, en Emiliano Borja Jiménez, coord., *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Ruiz, Osvaldo, “La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en PADH edit., *Investigaciones monográficas, Aportes andinos sobre derechos humanos*, Quito, AY, 2005.
- Sánchez Botero, Esther, “La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia”, en Willem Assies, edit., *El reto de la diversidad, pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, México, El Colegio de Michoacán, 1999.
- , *Entre el juez Salomón y el Dios Sira*, Bogotá, Gente Nueva, 2006.

- , “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los paeces y los wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, en Huber, Rudolf, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- , “Pluralismo jurídico, interculturalidad y derecho humanos indígenas”, en Fernando Flores Giménez, coord., *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, CEN, 2008.
- Sierra, María Teresa, “Autonomía y pluralismo jurídico: el debate mexicano”, en Milka Castro y María Teresa Sierra, coord., *Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*, México, III, 1999.
- Siverstsen, Lizbeth, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes”, en Fortunato Turpo Ch., cmp., *Derechos humanos y pueblos indígenas*, Perú, UNAS, 2000.
- Stavenhgen, Rodolfo, “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre*, México, III, 1990.
- Tello, Edgar, “Derechos indígenas y fiscales indígenas”, en *Seguimos trabajando: Yamai Pacha*, No. 47, Quito, INDESIG / Fundación Hanns Seidel, 2008.
- Tibán, Lourdes, *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Siedel, 2008.
- Trujillo, Julio César, “Derechos colectivos de los pueblos indígenas: conceptos generales”, en Angélica M. Bernal, comp. *De la exclusión a la participación: pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, AY, 2000.

- , “La jurisdicción indígena: derecho constitucional internacional y comparado”, en Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara, *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, UASB / CEN, 2001.
- , “Administración de justicia indígena”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena. Aportes para un debate*, Quito, UASB / Embajada Real de los Países Bajos / AY, 2002.
- , “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, en Fernando Flores Giménez, coord. *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, CEN, 2008.
- Vega, Nina Pacari, “Pluralidad jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: aportes para un debate*, Quito, AY, 2002.
- Walsh, Catherine, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Boletín *¿Ausencia de liderazgo indígena?*, No. 36, ICCI-RIMAI, 2002.
- Wilhelmi, Marco Aparicio, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Mikel Berraondo, coord., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala”, en Milka Castro y María Teresa Sierra, coord., *Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina*, México, III, 1999.
- , “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *Variaciones sobre la justicia comunitaria*, Bogotá, ILSA, 2003.

Entrevistas:

Benavides, Merck, Fiscal Provincial de Imbabura, entrevista realizada el 15 de octubre de 2009.

Cholango, Humberto, Presidente de la ECUARUNARI, entrevista realizada el 21 de octubre de 2009.

Guatemal, Edgar, ex Fiscal de Pichicha, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

Medina, Ángel, Secretario Ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador CODENPE, entrevista realizada el 22 de octubre de 2009.

Pallo Quisalema, Rómulo, Fiscal de Asuntos Indígenas de Pichincha, Cayambe, entrevista realizada el 20 de octubre de 2009.

Segovia, José Luis: Juez Tercero de Garantías Penales de Latacunga, entrevista realizada el 23 de octubre de 2009.