

Evaluación de los diez años de la reforma judicial Plurinacionalidad y crisis de la justicia en el Ecuador

Juan Montaña Pinto³

“Las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías y de nuevos referenciales”

Thomas Kuhn

Resumen

El presente texto realiza un interesante análisis de la plurinacionalidad, el autogobierno y la justicia indígena en el Ecuador, tomando como punto de partida lo establecido en la Constitución del Ecuador de 2008, para posteriormente confrontar dichos principios y postulados con la realidad palpable de la vida de las comunidades indígenas y la verdadera vigencia de sus derechos colectivos. Con esta finalidad en mente, el autor desarrolla críticamente el estudio de la sentencia del caso La Cocha, quizá el más paradigmático en la materia, dado sus consecuencias jurídicas y prácticas en el país.

Palabras clave: plurinacionalidad, interculturalidad, derechos colectivos, autogobierno, justicia indígena, Corte Constitucional, caso ‘La Cocha’.

Sumario

Introducción, 1. El Estado plurinacional en términos teóricos, 2. La realidad política y constitucional actual, 3. La autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas en la teoría constitucional estándar, 4. La justicia indígena según la Corte Constitucional: el caso La Cocha, 5. Reflexiones finales sobre la necesidad de

³ Constitucionalista y profesor universitario, exasesor de la Corte Constitucional y Decano de la Escuela de Constitucionalismo y Derecho del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

preservar la memoria y el porvenir de la plurinacionalidad y de la justicia indígena.

Introducción

El Ecuador es, formalmente, un Estado plurinacional e intercultural. La plurinacionalidad e interculturalidad se expresa en dos condiciones: una reingeniería institucional, que garantiza la participación en igualdad de condiciones de los pueblos y culturas diferentes en la toma de las decisiones estatales, y el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos colectivos de esas minorías étnicas y culturales. Pero, la constatación del incumplimiento sistemático de las obligaciones derivadas de la *Constitución plurinacional*, incorporada en el texto de Montecristi y la convivencia con tal incumplimiento, por parte de las instancias judiciales encargadas de tutelar los derechos, me lleva a plantear la tesis de que, *en el caso ecuatoriano, la consolidación del Estado plurinacional e intercultural, ha devenido en un proyecto inviable, cuando pese a los grandes cambios institucionales operados en estos últimos años, ha pervivido una visión integracionista y colonialista de lo indígena, fortalecida en un entendimiento de los derechos no como garantías ciudadanas frente al Estado sino como mecanismos de protección de la razón de Estado frente a los ciudadanos.*

La inviabilidad del Estado plurinacional e intercultural, en este artículo, se analiza a través de lo que podría denominarse un vaciamiento del derecho a la autonomía jurisdiccional. Para el efecto, se pone en discusión el contenido teórico y político de este derecho colectivo, frente a la realización del mismo por la Corte Constitucional ecuatoriana en el llamado caso La Cocha, un caso trágico, que puso en entredicho, tanto la vigencia de la Constitución como norma, como la propia razón de ser de la justicia constitucional en una sociedad democrática y pluralista.

El desarrollo de estos aspectos se da en torno a cinco epígrafes. En el primero, explico teóricamente los fundamentos del Estado plurinacional y repaso el contenido de los derechos colectivos

reconocidos constitucionalmente; en el segundo, analizo la realidad política y constitucional actual a partir de la idea de mutación radical en el bloque histórico hegemónico y la influencia que ha tenido para el destino de la agenda plurinacional la pérdida de hegemonía de los indígenas en la política ecuatoriana. En el tercero, reviso teóricamente el contenido del derecho colectivo a la autonomía y sus condiciones generales de desarrollo; en el cuarto, examino, como ejemplo paradigmático del discurso jurídico dominante y de la política judicial sobre la autonomía y la justicia indígena, la sentencia de la Corte Constitucional en el caso *La Cocha*. Finalmente, en un apartado final planteo una serie de reflexiones sobre las consecuencias de este *estado de cosas* constitucional para las posibilidades, tanto del proyecto de la plurinacionalidad e interculturalidad como de la justicia en el Ecuador.

1. El Estado plurinacional en términos teóricos

A pesar de que los hechos muestran que el territorio ecuatoriano cuenta con una diversidad de culturas, en el que conviven desde hace siglos distintas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así como pueblos afroecuatorianos y montubios, con identidad y formas de organización propias; a raíz de la independencia, el Ecuador, al igual que el resto de países latinoamericanos, acogió como suyo el modelo de Estado nación liberal burgués, construido sobre la idea de que en el actual territorio ecuatoriano existía una nación culturalmente homogénea. Ello se reflejó, por ejemplo, en el texto de la Constitución de 1830 donde los territorios de la antigua Audiencia de Quito se unieron “para formar una sola Nación”⁴ de varones blancos que tenían más de 300 pesos de renta y sabían leer y escribir.

Esta situación duró sin cambio perceptible en los siguientes 168 años pues, pese a sus diferencias, las 18 constituciones anteriores a la carta de 1998 comparten algo en común: ninguna reconoció la condición pluriétnica y pluricultural de la población

4 Cfr. Constitución del Ecuador de 1830, art. 2.

ecuatoriana, mucho menos el carácter plurinacional del Estado; pero comienza a cambiar en 1998 cuando se aprueba la Constitución, la que, en el contexto de la institucionalización en el Ecuador del neoliberalismo, promueve la integración de mercados, acumulación flexible del capital, y políticas generalizadas de privatización, y descentralización, entre otras.⁵ En el marco de la contracción del papel del Estado, esta Constitución reconoce también el carácter pluricultural y multiétnico del Ecuador, con el objetivo formal de reconocer la deuda histórica del Ecuador con sus poblaciones originarias, pero con la idea de incorporar a estas poblaciones y sus territorios al mercado mundial de las materias primas, sin la presencia incómoda del Estado.

Por ello, el reconocimiento de esa diversidad ocultada y postergada, se produce realmente solo 10 años después, cuando, anulada la influencia neoliberal en la discusión étnica, el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece la existencia de un Estado plurinacional e intercultural. Esta forma de Estado es, o habría sido, el resultado de la materialización de una agenda política impulsada por algunos sectores de los pueblos y organizaciones indígenas,⁶ que en ese entonces apoyaban el proceso constituyente promovido por la revolución ciudadana.⁷

La apuesta de parte de los pueblos y nacionalidades indígenas y de sus organizaciones construida a lo largo de casi 20 años era “Construir el Estado plurinacional e intercultural con la participación plena de las organizaciones del movimiento indígena, movimientos sociales y todos los sectores, no como un simple reconocimiento formal de las diferencias culturales, sino como

5 Cfr. Ramos Filho, Wilson (1999). *El fin del poder normativo y el arbitraje*. Sao Paulo, pp. 58-155.

6 El reconocimiento del Estado plurinacional es una reivindicación histórica de la CONAIE, mientras que la definición del Estado como intercultural es una demanda de sectores indígenas y campesinos vinculados a la FEINE y al partido Socialista.

7 Cfr. Montaña, Juan, 2011, pp. 7-30.

un cambio de modelo en el Estado”,⁸ apuesta que a la hora de redactar el nuevo marco constitucional se materializó en algunas disposiciones. Entre los muchos aspectos importantes planteados por quienes apostaron por este modelo de Estado, el texto constitucional aprobado en 2008 recogió dos cuestiones sustantivas: el reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado ecuatoriano; y, la profundización y garantía efectiva de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En cuanto a la conversión del Estado ecuatoriano en un Estado plurinacional no se trataría de una fórmula retórica, sino que esta definición política implicaría teóricamente una ruptura copernicana en relación con el entendimiento de lo que es la sociedad y el Estado. El Estado plurinacional sería una forma institucional alternativa al Estado nación monocultural propuesto por el discurso moderno, el cual permitiría afrontar eficazmente las tensiones generadas por la coexistencia de grupos humanos culturalmente diversos en el territorio de un mismo Estado frente a la tradicional idea homogeneizadora que es propia del Estado republicano.⁹

Pero, en realidad, *¿qué es el Estado plurinacional?* Se trata, como cualquier ejemplo de Estado, de una forma de organizar políticamente y jurídicamente la sociedad; aunque ya no se trata como en los siglos XIX o XX de la organización de una sociedad monocultural, sino que este nuevo tipo estatal se basa en el reconocimiento de la existencia de una diversidad de culturas y pueblos dentro del territorio estatal. Este tipo de Estado, además, permite el reconocimiento no solo de derechos individuales, típico de los Estados liberales, sino que se incorporan y amparan derechos colectivos.

Formalmente en el caso ecuatoriano uno de los principales avances que se incluyó en la Constitución de 2008 fue el reconocimiento del hecho plurinacional, concepto que implica

⁸ Cfr. Barié, 2008, p. 110.

⁹ Cfr. Grijalva, 2008, p. 49.

una apuesta por la democratización del Estado desde el punto de vista étnico, dando participación a los distintos pueblos en la conducción del aparato estatal sobre la base de otorgar igual valor a las *lenguas, culturas, instituciones, y formas de vida de los indígenas*.

Pero, el Estado ecuatoriano actual también es intercultural, de lo que se desprende que coexistan comunidades, pueblos y nacionalidades con distintas culturas, las cuales en sí mismas tienen un valor similar por lo que un Estado intercultural sería aquel donde se garantiza el respeto, la conservación, la identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social propias de cada pueblo.

El principio de interculturalidad, enunciado en el artículo 1 de la Constitución y desarrollado en el artículo 66, numeral 1, de la LOGJCC, se basa en la convicción de que todas las culturas son esencialmente relativas e incompletas,¹⁰ y se concreta en la premisa del valor equivalente de las culturas que conviven en el territorio del Estado ecuatoriano, así como en la idea de que todas esas culturas y pueblos poseen una concepción sobre la dignidad comparable y que en tal virtud debe ser preservada y garantizada por el Estado. En definitiva, la interculturalidad apuntaría a las relaciones y articulaciones entre colectivos y pueblos heterogéneos con otros grupos sociales que coexisten en una gran *nación cívica*.

En lo que concierne al reconocimiento y profundización de los derechos colectivos, la Constitución del 2008 recoge, siguiendo la tradición abierta por la Constitución de 1998, un catálogo de derechos cuyos titulares son las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas, afros y montubias. Estos derechos pretenden servir a las comunidades diversas que comparten el territorio del Ecuador de parámetros de recreación de su identidad. La Constitución de 2008, siguiendo el derecho internacional de los derechos humanos hizo un importante reconocimiento

¹⁰ Cfr. Santos, Boaventura de Sousa, 2009, pp. 514 y sig.

de esa diversidad, a través de la introducción de una *legislación especial* para indígenas y afros en la propia Constitución que componen *una verdadera Constitución étnica dentro de la Constitución*.¹¹ Si se examina detenidamente el contenido de esta Constitución étnica, y particularmente nos detenemos en el catálogo de derechos establecidos en los artículos 57 a 60 de la Constitución, observamos que este listado obedece a una concepción excesivamente casuista de los derechos colectivos. Hay sin embargo un modo alternativo que permite examinar los derechos con un nivel de generalidad mayor y, por ende, con un mayor potencial explicativo y regulador, el cual hace posible agrupar los 21 derechos que aparecen desperdigados en el artículo 57 en 5 macro-derechos: el derecho a la identidad, el derecho a la autonomía, el derecho al territorio, el derecho a la participación y el derecho a tener un modelo de desarrollo propio.

Cuando hablamos de *identidad* aludimos generalmente al conjunto de hechos y circunstancias que caracterizan a un sujeto y lo distinguen de los demás. En el plano jurídico dicha noción se transforma en un derecho subjetivo, de tal suerte que cuando decimos que un sujeto X tiene identidad nos referimos a la facultad que tiene ese sujeto de comportarse de acuerdo con sus características particulares y defenderlas de vulneraciones de terceros. En ese sentido, el derecho colectivo a la identidad ha sido construido e identificado a partir de los elementos que se deducen de sus múltiples aristas y manifestaciones. Las principales manifestaciones de este derecho son: la protección que la Constitución le otorga a la integridad y a la supervivencia étnica y cultural, la garantía constitucional a las cosmovisiones religiosas propias de los pueblos indígenas, el reconocimiento y protección de las prácticas médicas tradicionales y el derecho a la igualdad lingüística.

El segundo derecho colectivo es el *derecho a la autonomía*, el cual, junto con la devolución de sus territorios ancestrales, son la

11 Esta Constitución indígena o étnica está compuesta por los artículos 1, 2.2, 3.3, 3.7, 7.3, 11.2, 56, 57,58, 59, 60, 94 y 171 de la Carta de Montecristi.

principal reivindicación histórica de los pueblos indígenas quienes a lo largo de los siglos de colonialismo han exigido que se les devuelva su poder originario de gobernarse a sí mismos sin la intervención de terceros. Después de un olvido de casi dos siglos, en 2008, el ordenamiento constitucional asumió el compromiso de reconocer esta secular exigencia de las nacionalidades y pueblos indígenas y les reconoció capacidad autónoma de auto-organización en materia política, administrativa, jurídica y territorial.

En cuanto a la autonomía política su principal expresión es el reconocimiento constitucional y legal que el ordenamiento ecuatoriano hace a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como autoridades con plena jurisdicción para resolver los más diversos asuntos relacionados con la vida interna de las comunidades indígenas; la autonomía jurídica por su parte tiene dos manifestaciones: en primer lugar está vinculada con la capacidad que tienen los pueblos indígenas de darse sus propias normas y administrar justicia de acuerdo con sus procedimientos en el contexto de sus territorios ancestrales; por su parte la autonomía territorial está relacionada con el manejo autónomo de sus tierras y territorios.

El *derecho al territorio* es para los indígenas, los afros y los montubios el antecedente de todos los demás. Para algunos se trata del derecho colectivo sin el cual los demás no pueden existir y el núcleo de las reivindicaciones históricas de las comunidades minoritarias frente a las mayorías mestizas, como lo demuestra en el caso ecuatoriano el hecho de que alrededor de la lucha por la tierra se hubieran organizado todas las movilizaciones indígenas de los años 90, y que 18 años después en pleno proceso constituyente el problema de la tierra y de la reforma agraria siguiera siendo primordial, especialmente para los pueblos de la Sierra, para los que ya no bastaba con obtener los títulos sobre las tierras, sino obtenerlas en cantidad y calidad suficientes para garantizar la soberanía alimentaria de las comunidades.¹²

¹² De la Cruz, 2007, p. 2.

Normativamente la primera referencia al derecho colectivo al territorio lo encontramos en el artículo 4 de la Carta que establece que el territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este primer pronunciamiento constitucional se ve reforzado por la norma establecida en el artículo 57.5 sobre el derecho a recuperar y mantener los territorios ancestrales y el 60 de la misma Constitución que trata de la posibilidad de estructurar circunscripciones territoriales que atiendan al factor étnico. Estas normas tienen un hilo conductor vinculado a la idea defendida por la mayoría de los constituyentes indígenas de que la supervivencia de las nacionalidades, pueblos y comunidades y la conservación de su integridad cultural, su organización política y sus sistemas de representación estaban vinculados con la existencia y la integridad del territorio y las tierras en que se encuentran asentadas esas nacionalidades, pueblos y comunidades.

Estos enunciados revisten una importancia trascendental para la cultura de los pueblos indígenas dado que su reconocimiento y garantía es condición previa de los demás derechos constitucionales cuyos titulares son estos pueblos. La Corte Constitucional ecuatoriana, siguiendo a la jurisprudencia colombiana sobre la materia, reconoce además el carácter central del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, en lo que atañe a la conservación de sus cosmogonías y substrato material para el desarrollo de su cultura.

En cuanto a la *participación como derecho colectivo*, el modelo democrático que desarrolla la Constitución ecuatoriana incorpora la existencia de una democracia comunitaria que va más allá de la democracia representativa y también supera las manifestaciones o formas de democracia directa reconocidas. En la Constitución existe un buen número de disposiciones que reconocen explícitamente el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la participación, el cual tiene por lo menos dos manifestaciones principales que bosquejan su núcleo duro. Estas son: a) la parti-

cipación de los indígenas y de sus autoridades en la toma de decisiones que afectan directamente a sus territorios, y b) la participación indígena en la definición de la política pública general.

Respecto de la primera manifestación tenemos que en los términos del Convenio 169 de la OIT la primera de estas se consigue mediante el desarrollo cabal de la consulta previa y pre-legislativa establecidas en los artículo 57.7 y 57.17 de la Constitución, mientras que la segunda forma se expresa en la participación de los representantes directos de los indígenas en las distintas instancias de representación popular, la cual es posible a partir de la lectura del artículo 65, inciso 2, de la Constitución, que si bien no establece las circunscripciones electorales especiales sí determina que el Estado debe establecer medidas de acción afirmativa para garantizar la participación política y electoral de los sectores discriminados, entre los cuales están justamente los indígenas afros y montubios, según el artículo 10.2 constitucional.

2. La realidad política y constitucional actual

Los teóricos del derecho siempre han diferenciado el derecho como discurso de la realidad jurídica. Distinción que se materializa en la diferencia y la tensión entre la validez de las normas jurídicas y su eficacia. Desde el punto de vista de la vigencia el Estado plurinacional es una realidad en cuanto como tal aparece reconocido de forma extensa a lo largo de toda la Constitución ecuatoriana, pero la cuestión se vuelve más compleja si analizamos la salud del Estado plurinacional desde la lógica de la eficacia. Ciertamente de las cinco constituciones o agendas constitucionales que constituyen el núcleo duro del texto de Montecristi,¹³ la existencia real del Estado plurinacional y la eficacia de los derechos colectivos así como el resto de los propósitos políticos del movimiento indígena no se han desarrollado más allá de su mero reconocimiento formal.

¹³ Cfr. Montaña, 2011, p. 26.

Aún más, los posibles avances de la visión plurinacional del Estado se han visto seriamente limitados por el cambio en la correlación de fuerzas políticas y por la hegemonía alcanzada en estos años por sensibilidades políticas ajenas al discurso étnico, las cuales a la hora de definir la estructura del Estado, terminaron invalidando la idea de autogobierno y autonomía indígena en los términos en que era defendida históricamente por la mayoría de la dirigencia indígena, desde los tiempos de la primera movilización indígena en 1990.

Para entender esta afirmación, hay que incorporar al análisis de la coyuntura política. Según García Linera,¹⁴ el Estado, en tanto maquina política, está cimentado por tres pilares fundamentales: un *bloque histórico* capaz de generar hegemonía; una institucionalidad; y unas ideas, discursos y los símbolos característicos de ese bloque histórico y que se convierten en *leiv motiv* movilizador. En ese sentido, en un Estado que se autodefine como plurinacional e intercultural el bloque histórico, vale decir quien ejerce la hegemonía, estaría, en principio, representado ya no por los burguesías y/o pequeñas burguesías nacionales, ni tampoco por los obreros o campesinos, sino que estaría constituido por aquellas comunidades culturalmente diversas que tienen algún nexo con los pobladores originarios de nuestra América y con aquellos que vinieron como producto de la diáspora africana y por sus organizaciones.

La institucionalidad, esto es, el cómo se ejerce esa hegemonía, estaría marcada en un contexto proclive al reconocimiento de la plurinacionalidad, lo cual pasa por el intento de creación y recreación de una maquinaria, unas prácticas y unos procedimientos de toma de decisiones en donde los miembros y representantes de ese bloque histórico étnicamente compuesto puedan participar en igualdad de condiciones con los miembros de la sociedad mestiza mayoritaria en las definiciones y decisiones fundamentales de la sociedad y del Estado.¹⁵ El reconocimiento

14 Cfr. García Linera, 2009, pp. 9 y 10.

15 En el caso ecuatoriano esta institucionalidad está marcada por la redefinición

de esa institucionalidad diversa y alternativa se traduciría además en la existencia de una idea del desarrollo y de modelos y formas de educación, salud y justicia diversas, así como en la participación en igualdad de condiciones en las instituciones básicas del Estado.¹⁶

Finalmente, las ideas y el discurso propios del Estado plurinacional estarían vinculadas con la exteriorización de la lucha centenaria por la igualdad de oportunidades y el desenmascaramiento del racismo y el colonialismo propios del Estado republicano. Este proyecto o discurso decolonial y antipoder es y debe ser entendido como una manera diferente del pensamiento, que se ve a sí mismo como alternativa radical a los elementos centrales de la modernidad occidental y concretamente a la modernización capitalista a partir de la recuperación de la memoria y de la historia de los oprimidos desde la perspectiva de una alteridad, ideas discursos y símbolos que van en contravía de las grandes narrativas modernas y modernistas hegemónicas.¹⁷

La explicación de la inaplicación y el desprestigio del Estado plurinacional como idea tiene que ver con un cambio en los vientos y en las condiciones de la hegemonía ocurridos en el Ecuador entre 2005 y 2008. En efecto, la coincidencia temporal entre el auge del movimiento indígena y el apogeo neoliberal y especialmente la participación directa del movimiento indígena en el gobierno de Lucio Gutiérrez afectaron gravemente la legitimidad y capacidad política de las organizaciones indígenas y

del concepto de democracia que se traduce en tres experiencias democráticas diversas: la democracia representativa potenciada, la democracia directa o participativa y la democracia comunitaria.

16 En el caso ecuatoriano, pero más aún en el caso de Bolivia, esa nueva institucionalidad está representada en las cinco funciones del Estado y los organismos constitucionales autónomos del Estado central, pero también y predominantemente en las instituciones locales y regionales que deben asumir una forma que permita incorporar las formas y las lógicas de la toma de decisión propias de las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados.

17 Cfr. Escobar, 2003, pp. 51-86.

concretamente de la CONAIE, quienes llegaron a la Constituyente de 2007-2008 habiendo perdido su condición de bloque histórico que habían mantenido en los anteriores 15 años, y sin capacidad de movilización en torno a sus ideas y su discurso; al punto que la mayoría de los avances plasmados en la Constitución en materia de interculturalidad y plurinacionalidad se dieron más por inercia que por la fortaleza del movimiento indígena y su agenda política.

Y esto se ve más claramente en términos de desarrollo legislativo y de políticas públicas. Si alguien revisa la agenda legislativa en las dos legislaturas que han transcurrido desde la emergencia de la Constitución de Montecristi observará que el desarrollo normativo de las políticas públicas tan solo reflejan las urgencias de la agenda desarrollista; mientras los otros proyectos políticos incluidos en la Constitución se han ido progresivamente quedando marginados del proceso político, cuando no son directamente objeto de una contrarreforma normativa, como ocurre por ejemplo con la propuesta de la educación intercultural bilingüe o la salud intercultural que han sido prácticamente desarticuladas por el gobierno de la Revolución Ciudadana.

El Estado ecuatoriano, como el ave fénix, ha renacido de sus cenizas, pero lo hizo a partir de una visión centralista y centralizadora del poder, no sobre la idea de la construcción de un Estado verdaderamente descentralizado que respete la autonomía de las entidades territoriales indígenas y no indígenas. Por otra parte, el nuevo bloque histórico hegemónico de la revolución ciudadana, a pesar de su heterogeneidad, está constituido esencialmente por fracciones políticas nacionalistas o provenientes de la izquierda tradicional y por sectores urbanos pertenecientes a la clase media profesional que tienen en común la idea de la necesidad de construir un Estado nacional y su rechazo atávico al discurso etnicista propio de los defensores de la plurinacionalidad al considerarlo una amenaza contra el proyecto de construcción de un Estado post neoliberal.

En lo que atañe al desarrollo de los derechos colectivos el panorama no es más alentador. Aparte de declaraciones retóricas de algunos responsables políticos del Estado ecuatoriano, si observamos el nivel de desarrollo de los principales derechos la situación es igualmente precaria. Si tomamos, por ejemplo, el caso de la consulta previa, a pesar de la existencia de unos procedimientos relativamente claros y sencillos definidos jurisprudencialmente a partir de las recomendaciones del antiguo relator de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, el Estado ecuatoriano apenas si ha aplicado estos procedimientos en el desarrollo de proyectos o en el trámite de leyes (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001–10–SIN–CC.). Así también en lo que atañe a la justicia indígena no solo que se ha dejado de lado el mandato expreso del artículo 171.2 de la Constitución que manda garantizar desde el Estado “que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas y respaldadas por las instituciones y autoridades públicas”, sino que se ha tolerado la criminalización del ejercicio de la justicia por parte de las comunidades indígenas,¹⁸ como demuestra la propia acción de la Corte Constitucional, quien en la mayoría de los casos en lugar de garantizar este derecho colectivo lo ha terminado *mutilando* a partir de una interpretación controvertida y súper restrictiva del texto constitucional.

3. La autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas en la teoría constitucional estándar

Ya se dijo que el autogobierno es una de las principales reivindicaciones históricas de las minorías étnicas. A lo largo de la era republicana los indígenas de nuestro país han exigido que la sociedad mestiza les devuelva el poder de gobernarse a sí mismos según sus tradiciones, usos y costumbres, sin que hasta ahora

¹⁸ Este es el caso del exfiscal general del Estado, Washington Pesantes, quien interrogado por los hechos del caso La Cocha manifestó públicamente que las autoridades indígenas solo pueden resolver pequeñas causas, lo que significaría que las autoridades indígenas solo tendrían competencia para resolver conflictos relativos a cuestiones menores relacionadas con riñas entre familias, robos, menores o problemas de linderos. Ver Diario La Hora, 30 mayo de 2010.

sus requerimientos hayan tenido una respuesta positiva más allá de cambios puntuales promovidos desde el Estado, a efectos de lograr incorporar al mercado las tierras ancestrales, comunales y comunitarias.¹⁹

Sin embargo, a fines de los años 80 del siglo pasado, a partir de fuertes movilizaciones esta situación comienza a cambiar, especialmente en el plano normativo. Este cambio se evidencia, por ejemplo, en la política de adjudicación de tierras, la aprobación del Convenio 169 de la OIT y la incorporación en la Constitución de 1998, de una serie de derechos colectivos; situación que se consolida hoy día con la Constitución de 2008.

Entre los derechos colectivos enunciados más arriba, uno de los más importantes es el derecho a la autonomía que se manifiesta según vimos en la autonomía política, la autonomía territorial, y la autonomía jurisdiccional (Montaña, 2009: 251 y sig.) La autonomía política se expresa en la capacidad de autogobernarse que se reconoce tanto en el artículo 8 de la Ley de Comunas de 1937,²⁰ como en la Constitución de 1998;²¹ y por supuesto en la Constitución actualmente vigente, que de acuerdo con el artículo 57, numerales 1 y 9, garantiza el derecho colectivo a desarrollar formas propias de convivencia y organización social y de ejercicio de la autoridad en los territorios legalmente establecidos y en las tierras comunitarias de posesión ancestral.

La autonomía territorial esta igualmente reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución de 1998 que concedía a los pueblos indígenas y

19 Como se sabe esta es la finalidad política y económica que subyace a la expedición de la Ley de Comunas de 1937.

20 De acuerdo con el artículo 8 de la Ley de Comunas de 1937, codificada en el 2004, “El órgano oficial y representativo de la comuna es el Cabildo, integrado por cinco miembros, quienes ejercerán las funciones de presidente, vicepresidente, tesorero, síndico y secretario”.

21 El artículo 84, numeral 7, de la Constitución de 1998 reconocía el derecho que tienen los pueblos indígenas a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de autoridad y organización social.

a sus autoridades la facultad de conservar la propiedad de las tierras comunitarias, que según esa norma tenían la condición de imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles; así como en el artículo 57, numerales 4, 5 y 6, que reconocen el derecho de los pueblos a la imprescriptibilidad de sus tierras comunitarias; a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y a obtener su adjudicación por parte del Estado; así como el derecho al uso, usufructo y administración de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras.

Finalmente, la autonomía jurisdiccional, que es la que para los propósitos de este escrito más nos interesa, se manifiesta en la obligación, reconocida por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que tienen las autoridades indígenas de administrar justicia y ejercer funciones jurisdiccionales. De acuerdo con los artículos 57, numeral 10, y 171 de la Constitución esa autonomía jurisdiccional se desarrolla a partir del mandato que tienen las autoridades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales y de sus elementos estructurales.

El primer elemento que identifica a la justicia indígena ecuatoriana actual es su naturaleza constitucional; lo que quiere decir que esta justicia está amparada por la garantía por los principios de supremacía y aplicación directa de la Constitución, lo que implica que la justicia indígena tiene la condición de *garantía institucional* y que su ejercicio no depende de la existencia o no de una ley de coordinación y armonización entre jurisdicciones. El segundo fundamento es su carácter obligatorio. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde ejercer justicia es una *facultad discrecional* (Sentencias T-349 de 1996 y C-139 de 1996) de las autoridades indígenas (Constitución colombiana de 1991, art. 246); en el Ecuador la administración de justicia en los territorios indígenas es una obligación constitucional a la que las autoridades indígenas no se pueden sustraer, pues el artículo 171 de la Constitución emplea la expresión imperativa *ejercerán* que indudablemente expresa un mandato ineludible, so pena de incurrir en responsabilidad constitucional.

El tercer componente estructural de la justicia indígena en Ecuador tiene que ver con la competencia para ejercer esta atribución constitucional. De acuerdo con la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, los llamados a ejercer la justicia indígena son las autoridades indígenas legítimas, esto es, socialmente reconocidas por los miembros de la comunidad, pueblo o nacionalidad; lo cual significa que deben haber sido designadas mediante los procedimientos propios de cada comunidad o pueblo y con la participación generalizada de los miembros de esta comunidad o pueblo. El cuarto elemento es de carácter material y se refiere al derecho aplicable al interior de la justicia indígena. Al respecto, y como reflejo del pluralismo jurídico,²² tanto el artículo 57, numeral 10, de la Constitución como el artículo 171 constitucional nos dicen que cuando ejerzan funciones jurisdiccionales las autoridades indígenas deberán aplicar *sus tradiciones ancestrales y su derecho propio*, constituido por los sistemas de control y regulación social y los procedimientos de toma de decisiones comunitarias.

El quinto componente de este tipo de justicia es el ámbito territorial en el que es aplicable la justicia indígena. Según dispone el artículo 171 de nuestra Constitución, las autoridades indígenas solo podrán aplicar su justicia dentro de los límites de su territorio. La cuestión sin embargo no termina de aclararse por cuanto

22 En virtud de la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador se tiene 3 órdenes normativos o sistemas de derechos: 1. Los miembros de los pueblos indígenas en calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones que los demás nacionales. Se debe comprender que debe existir un relativo grado de adecuación cultural en la aplicación del Derecho general; 2. La legislación indígena compuesta por los convenios y tratados nacionales versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias; 3. Los sistemas jurídicos propios constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente, por lo que su aplicación es válida en el territorio de los indígenas. Estos se encuentran integrados por normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social que es propio de su tradición cultural. Además, se encuentra establecido su concepción espiritual, su historia, mitología y cosmovisión.

Palabra

la carta constitucional no define cuál es el territorio indígena. Aun así, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano hay suficientes elementos para definir lo que es el territorio indígena: en primer lugar el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD) establece claramente, a partir de su artículo 93 y siguientes, qué son y cómo funcionan las circunscripciones territoriales indígenas; a estas circunscripciones, allí donde existan, se deberá aplicar el derecho indígena propio del pueblo o nacionalidad que viva en esa circunscripción; en el caso de que no exista o no se pueda desarrollar una circunscripción indígena en los estrictos términos que establece la ley, el territorio al que se refiere el artículo 171 es el territorio ancestral reconocido a una determinada comunidad, o bien, en el peor de los casos el territorio que corresponda a la comuna o comunidad indígena, según los parámetros establecidos en la Ley de Comunas de 1937 codificada en el 2004.

El sexto dispositivo de la justicia indígena es la intervención obligatoria de las mujeres en los procesos de decisión relacionados con esta atribución constitucional. Si bien este no es un componente que provenga claramente de las tradiciones indígenas, particularmente de los pueblos de la Sierra ecuatoriana, en donde las mujeres no han tenido tradicionalmente un papel público relevante, no obstante es un mandato constitucional que refleja una voluntad de cambio cultural por parte de los pueblos indígenas, producto de su compromiso político con los fundamentos de los derechos humanos de las mujeres y particularmente con su derecho a la participación; mandato que fue discutido y aceptado por representantes indígenas en la Asamblea Constituyente de Montecristi, y que fue aprobado en referéndum por la inmensa mayoría de los ecuatorianos, incluidos los miembros de los pueblos indígenas. En ese contexto, hoy en día la justicia indígena, para que sea constitucionalmente legítima, debe contar con la participación activa de las mujeres indígenas, en igualdad de condiciones con los varones.

El séptimo componente de la justicia indígena, en su versión ecuatoriana, es el carácter interno o intraétnico de los conflictos que pueden resolver las autoridades indígenas;²³ y, el último elemento de la justicia indígena reconocida por la Constitución de 2008 se refiere a los márgenes o límites de actuación material de las autoridades indígenas cuando ejercen funciones jurisdiccionales.

Adicionalmente, tanto el Código Orgánico de la Función Judicial, como la propia Corte Constitucional en una sentencia muy importante (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, 008-09-SAN-CC, jueza sustanciadora Nina Pacari Vega) han dicho que la administración de justicia indígena debe orientar su resolución en base a los principios de continuidad histórica, legalidad, jurisdicción y competencia, interculturalidad, autonomía (Código Orgánico de la Función Judicial, arts. 7 y 24); y debido proceso (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, arts. 66.3 y 66.4).

El primero hace referencia a la necesidad de que el juzgador tome en cuenta el derecho propio de los pueblos como un elemento esencial del mantenimiento y promoción de su identidad histórica, cultural, ancestral. El segundo tiene que ver con la aceptación por parte de las autoridades indígenas de que la jurisdicción y la competencia que ejercen en sus territorios nacen de la Constitución y en ese sentido las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución, la ley y la jurisprudencia. El siguiente principio es un mandato de cooperación y hace referencia a que en toda actividad de la Función Judicial, quienes administran justicia ordinaria en un caso en el que estén involucrados indígenas, afros o montubios deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos

23 Alrededor de este mandato constitucional en la academia y en el foro judicial se ha generado un intenso debate sobre el alcance de la expresión *solución de conflictos internos*.

de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos el juez debe buscar el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional complementa esta noción de autonomía cuando dictamina que, en uso del derecho propio, las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de su actividad jurisdiccional en el ámbito del territorio comunitario.

Finalmente, en una aplicación real y efectiva de la interculturalidad que promueve la Constitución se tendría que hacer una *lectura intercultural* del debido proceso, que implica que en el juzgamiento de casos por parte de las autoridades indígenas y en aquellos casos en que la justicia ordinaria juzgue a un miembro de un pueblo o comunidad indígena o afro la noción de debido proceso sea contextualizada de acuerdo con el derecho propio de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas y afro, con lo que se lograría evitar la imposición de visiones literalistas y normativistas de los derechos humanos en general y del derecho penal en particular.

Esto es la teoría, pero otra cosa es la práctica de la justicia indígena, derivada de la política judicial que han implementado los jueces de la Corte Constitucional desde la expedición de la Constitución.

4. La justicia indígena según la Corte Constitucional: el caso La Cocha

a) Los hechos del caso

Entre mayo y agosto de 2010 la sociedad ecuatoriana se vio envuelta en un escándalo mediático a raíz de un caso de justicia indígena desarrollado en la comunidad ‘La Cocha’, en la Sierra central ecuatoriana. Los hechos ocurrieron más o menos así: a comienzos de mayo de ese año, en una riña ocurrida en la pa-

roquia Zumbahua, se produjo la muerte de un miembro de la comunidad indígena La Cocha a manos de 5 jóvenes indígenas pertenecientes a otra parcialidad cercana. Ocurrido el hecho, la asamblea comunitaria de la comunidad La Cocha²⁴ juzgó el caso, y condenó a los responsables de conformidad a las normas, usos, costumbres y procedimientos propios del derecho indígena kichwa.

La sanción fue la siguiente: al autor material las autoridades indígenas lo condenaron a hacer trabajos comunitarios durante 5 años; se le bañó con agua helada y se le ortigó. Además, se le conminó a pedir perdón públicamente a los familiares y a la Asamblea, y se le obligó a dar, desnudo, una vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra. También se le condenó a dar una indemnización de 5.000 dólares a la madre del fallecido. En cuanto a los otros involucrados igualmente se les condenó a un baño de agua helada con ortiga; se les obligó a cargar tierra y piedras; y se les impuso caminar desnudos por la plaza central del poblado recibiendo las amonestaciones de toda la comunidad. También se les expulsó de la comunidad durante dos años y se les prohibió participar en las fiestas, y actividades sociales y culturales a la parroquia de Zumbahua por el mismo lapso. Finalmente, se les condenó a pagar, entre todos, una indemnización de 5.000 dólares a la organización indígena a la que pertenecen las autoridades de la comunidad.

Estos hechos fueron conocidos por los medios de comunicación mestizos y denunciados como un caso de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, por lo que las autoridades nacionales *rescataron* a los responsables de las manos de la comunidad y fueron procesados por la justicia ordinaria, imponiéndoseles prisión preventiva.²⁵ Por su parte los miembros del Cabildo de la comunidad fueron detenidos acusados de secuestro y retención ilegal. La Corte Constitucional conoció el caso por distintas vías

24 En el caso del pueblo indígena Panzaleo la asamblea comunitaria es la autoridad legítima que administra justicia al interior de las comunidades.

25 Fueron reclusos en la cárcel 4 de Quito.

procesales,²⁶ pero en definitiva, más allá de tecnicismos, debía resolver el conflicto de jurisdicciones estableciendo si la actuación de la comunidad en el caso había sido un ejercicio legítimo de justicia, o si por el contrario, como aseguraban los medios de comunicación y las autoridades nacionales, implicaba una vulneración de los derechos humanos inaceptable en una sociedad democrática.

b) Los argumentos de la Corte Constitucional

Ante la presión pública y gubernamental la Corte asumió a regañadientes el caso y lo resolvió después de casi 4 años a través de una sentencia organizada argumentalmente en torno a la respuesta a dos macro cuestiones, divididas a su vez en otros problemas. La primera cuestión resuelta por la Corte gira en torno a si las decisiones tomadas por las autoridades indígenas en el caso fueron adoptadas bajo el ejercicio de competencias habilitadas, aplicando derecho propio y dentro de los límites constitucionales marcados por la defensa de los derechos humanos; es decir que implicaba un examen de las condiciones de aplicación del artículo 171 constitucional en el caso concreto. El segundo problema planteado por la Corte se relacionaba con si las actuaciones de las autoridades nacionales en el caso habían respetado la autonomía de la justicia indígena ejercida por la comunidad.

En relación con el primer macro tema, la primera cuestión abordada por los jueces constitucionales es la relativa al alcance del derecho que tienen las nacionalidades y pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y el derecho internacional de los derechos humanos”. El primer reto era entonces establecer cuándo esos procedimientos y ese derecho propio respetaban los límites marcados por los derechos humanos y cuándo no, para lo cual había que definir la noción aplicable de derechos humanos. No

26 Una acción extraordinaria de protección interpuesta por los familiares del fallecido y una consulta de norma presentada por el presidente de la República, entre otras.

hay que olvidar que una primera lectura literal y formalista del artículo 171 de la Carta y del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, podría indicar que la justicia indígena debía ajustarse estrictamente a los enunciados literales de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto nos llevaría a que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deberían adaptar estrictamente sus mecanismos de control y regulación social a los procedimientos e instancias constitucionales, particularmente en lo que tiene que ver con la administración de justicia, lo cual sería tanto como, *ordinarizar* la jurisdicción indígena.

Una segunda respuesta posible a la pregunta formulada, menos restrictiva del enunciado constitucional, implica hacer una interpretación finalista de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT. En tal virtud cuando el artículo 171 determina que la justicia indígena tiene su único límite en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos está diciendo que su alcance está definido por la propia finalidad de los derechos humanos como instrumentos de garantía de la dignidad humana. A pesar del innegable avance que implica esta interpretación finalista de la disposición, sin embargo, tendría el inconveniente de que podría entenderse como la aceptación de la superioridad cultural del mundo mestizo a partir de la definición de un ámbito intangible o indecible por parte de las autoridades indígenas, lo cual pondría en serio entredicho el carácter intercultural del Estado ecuatoriano.

Ahora bien, si la Corte hubiese sido sensible a esas críticas podría haber realizado una interpretación basada en tomarse en serio y aplicar estrictamente el principio de interculturalidad. El resultado sería totalmente diferente: el principio de interculturalidad, enunciado en el artículo 1 de la Constitución y desarrollado en el artículo 66, numeral 1, de la LOGJCC, se asienta en la convicción democrática y pluralista, de que todos los conceptos y las culturas son esencialmente relativas e incompletas (De Sousa, 2009: 514 y sig.) y se concreta en la premisa del valor

equivalente de todas las culturas que conviven en el territorio del Estado, así como en la idea de que todas las culturas y pueblos poseen una concepción sobre la dignidad que tienen igual jerarquía frente a las otras y que en tal virtud debe ser preservada y garantizada por el Estado.

La Corte en este caso se decantó por la posición intermedia y si bien, por lo menos en la primera parte de la sentencia, desechó formalmente la lectura liberal extrema de los derechos humanos, también dejó inexplicablemente de lado la interpretación intercultural de los derechos acogiendo la definición intermedia de mínimos éticos establecidos normativamente.

Hecho esto, la Corte definió quién es la autoridad legítima entre los pueblos indígenas del Ecuador. Para hacerlo se sirvió de tres mecanismos distintos: utilizó, en primera instancia, las referencias históricas que pudo encontrar en los archivos nacionales y respondió utilizando una cédula real de 1580 expedida por Felipe II en la que se dice que “los indios naturales de esa provincia no son gobernados por leyes nuestras, sino por la de estos reinos y sus caciques y señores naturales” (Cit: Sentencia 113–14–SEP–CC, en revista *Umbral* No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio–diciembre 2014, 245). De esta exploración histórica la Corte dedujo que la existencia de autoridades indígenas, rol y facultades precede a la estructura del propio estado republicano, pero a la vez preciso que esas estructuras de autoridad, esos roles y facultades han sufrido cambios a lo largo del tiempo. En segundo lugar la Corte apeló a la Ley de Comunas y planteó otra posible solución vinculada al derecho positivo vigente, de tal suerte que la autoridad indígena sería el cabildo, es decir, “aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar su órgano de representación”.²⁷

Pero la Corte finalmente recurrió a los instrumentos de la antropología jurídica y nos dijo que, de acuerdo a dos peritajes

27 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 113–14–SEP–CC, en revista *Umbral* No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio–diciembre 2014, 245.

antropológicos contratados para el caso, la instancia que legítimamente podía conocer y resolver el conflicto, era la asamblea comunal.

Este análisis multivariable, histórico, normativo y antropológico, le permitió a la Corte afirmar una primera regla de solución del caso: la comunidad de La Cocha, perteneciente al pueblo kichwa Panzaleo, tiene formas de autoridad, existencia y reconocimiento previo al comienzo de la era republicana y en la actualidad ese ejercicio de autoridad es compartida por las formas de representación reconocidas en la Ley de Comunas y por formas propias de la comunidad.

Hecho esto la Corte define cual es el procedimiento propio aplicable al caso. En este punto los jueces constitucionales nos describen el procedimiento haciendo una equiparación o traducción de éste a las fases del proceso penal ordinario. De acuerdo con la Corte el procedimiento propio, vale decir el debido proceso, está conformado por los siguientes pasos: A) El ruego o solicitud denominado *Willachina*, que consistiría en el requerimiento de intervención de la instancia o autoridad socialmente reconocida para que intervenga en la solución del conflicto; B) La determinación del hecho concreto que se debe juzgar o investigar; C) La investigación previa (*Tupuykuna o Tapuna*), que permite establecer los presuntos responsables del hecho, que son considerados enfermos sociales que deben ser sanados para poder vivir en comunidad; D) El juicio propiamente dicho (*Chimbapurana*) que consiste en una confrontación colectiva (en una Asamblea General de la comunidad en pleno) de la información y las versiones de los involucrados y el establecimiento de las recomendaciones (sanciones) correspondientes que le permitan purificarse y volver a la vida colectiva; y, E) Las recomendaciones (sanciones), entre las que las más comunes son el baño de agua fría, el *ortigamiento*, el trabajo comunitario y la compensación económica a favor de la comunidad y las víctimas.²⁸

²⁸ *Ibíd.*, p. 247.

El siguiente paso que dio el juez constitucional para establecer si las decisiones de las autoridades de La Cocha en el caso fueron o no legítimas fue puntualizar cuál es la finalidad de las sanciones impuestas a los involucrados en la muerte del comunero. La respuesta en este caso es clara: según la Corte Constitucional, “cuando se comete una infracción que afecte las relaciones personales, familiares, económicas y de convivencia comunitaria es necesario conseguir la *restitución del orden para devolver el equilibrio a la comunidad*, para lo cual purifican al infractor aplicando sanciones, reprimendas o consejos de un alto contenido simbólico” (Ibíd, 248).

Y aquí llegamos a uno de los argumentos centrales de la sentencia que tiene que ver con la aplicación del principio de reparación de la armonía comunitaria a infracciones que en el derecho penal ordinario son considerados graves. En el caso la Corte se pregunta ¿qué ocurre con la reparación por el hecho de la muerte y la consecuencia responsabilidad subjetiva de quienes la provocaron? La solución está en una comparación entre los bienes protegidos en la justicia indígena y la justicia ordinaria. De acuerdo con la sentencia, “lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o *ayllukuna allí kawsay*”, es decir, el buen vivir entre las familias y el estar integrados a la comunidad, y aplicando este principio a la vida, de acuerdo con el texto de la sentencia, al individuo indígena no se le da un valor en sí mismo como un ente individual, sino en cuanto es partícipe de la familia (*ayllu*) o comunidad, y lo que se busca es proteger la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean” (Ibíd, 250). *De tal manera que, mientras la noción de responsabilidad en la justicia ordinaria es individual y subjetiva en la justicia indígena adquiere una dimensión colectiva* (Ibíd).

A partir de estos argumentos la Corte remata que “la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto derecho subjetivo, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre

las familias y en la comunidad, el cual debe ser resuelto para restaurar la armonía de la comunidad” (Ibíd). Pero determina que las actuaciones de la Asamblea Comunitaria en ejercicio de la justicia indígena en el llamado *caso La Cocha*, fueron legítimas y reconoce que cumplen cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 171 de la Constitución.

Respecto al papel cumplido por las instituciones del Estado en el caso, los jueces concluyeron que las instituciones estatales, y concretamente la Fiscalía y la justicia penal ordinaria, habían actuado en el caso dentro del marco de sus competencias. Para llegar a esta *conclusión* los jueces comenzaron haciendo un excursus teórico sobre el alcance general del derecho a la vida, resaltando las dos dimensiones de este derecho.²⁹ De esta dimensión positiva la Corte deduce la obligación genérica del Estado de defender y garantizar los derechos frente a todos los ecuatorianos incluyendo a los miembros de los pueblos indígenas.

Por otra parte, en un curioso giro del entendimiento estándar de la teoría de los derechos vigente en Ecuador y de su propia interpretación del principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos³⁰ la Corte concluye que la vida es el más importante de los derechos constitucionales y el punto de arranque para el ejercicio de los demás derechos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado sancionar todo acto que atente contra la vida. Esta interesante aseveración merece ser analizada más despacio: cuando la Corte define que la vida es *el “prius lógico y ontológico”* para la existencia de todos los demás derechos, está creando jurisprudencialmente una jerarquía de derechos inconstitucional y está retornando hacia posiciones que los consti-

29 Por una parte, la dimensión negativa que implica la obligación de no atentar o afectar la vida de las personas y en segundo término la dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a crear un sistema de protección y sanción de las agresiones a la vida.

30 El artículo 11.6 de la Constitución de 2008 determina que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes y *de igual jerarquía*”.

tuyentes de Montecristi habían abandonado hace 7 años cuando proclamaron la muerte de todas las generaciones de derechos y la ausencia de jerarquía entre derechos constitucionales. Está, además, estableciendo el carácter absoluto de al menos uno de los derechos constitucionales: el derecho a la inviolabilidad de la vida. Pero la segunda premisa del argumento es más preocupante si se quiere: de la resucitación de la jerarquía del derecho y en un *salto lógico* estatalista inexplicable, la sentencia concluye que es obligación exclusiva del Estado perseguir, juzgar y sancionar cualquier acto que atente contra este derecho humano (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 113-14-SEP-CC, en revista *Umbral* No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio-diciembre 2014, 254.) con lo que incurre en un nuevo error de interpretación y aplicación de la teoría estándar de los derechos que ha reconocido que el sujeto pasivo de los derechos ya no es solamente el Estado sino también cualquier particular que tenga capacidad de mando o subordinación frente a las personas.

El segundo argumento importante de esta sección de la sentencia asegura que la protección de los derechos humanos, en general, y la protección de la vida, en particular, es una norma imperativa de carácter internacional *ius cogens*, y como tal de ineludible cumplimiento por parte del Estado. La sentencia asegura como tesis central que la garantía efectiva de las normas del *ius cogens* corresponde exclusivamente al Estado, por lo que el juzgamiento y sanción de las vulneraciones al derecho a la vida en tanto parte del *ius cogens* corresponderían, según su razonamiento, exclusivamente al Estado.

Dicha facultad exclusiva del Estado frente a los derechos humanos justificaría la limitación del ámbito de aplicación de la justicia indígena debido a que, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, no podrían juzgar los atentados contra la vida en sus territorios so pena de vulnerar normas imperativas de carácter internacional. El premio de consolación según la Corte es el *reconocimiento* a las autoridades indígenas como auxiliares de la justicia pues “en caso de que ocurra un

delito contra la vida en una comunidad o territorio indígena, no habría más opción que la aplicación del derecho penal ordinario” (Ibíd, 255).

La sentencia evidentemente confunde la protección efectiva de la vida como norma del *ius cogens* con el procedimiento de protección de ese derecho y le extiende interesadamente la condición de norma imperativa de carácter internacional al procedimiento penal ordinario. Sin embargo, en ninguna parte del derecho internacional convencional o consuetudinario se dice que en el contexto de un Estado diverso y plurinacional las instituciones estatales sean las únicas legitimadas para proteger y defender los principios del *ius cogens*, ni se dice que el derecho penal occidental, ni mucho menos el procedimiento penal ordinario sea efectivamente una norma del *ius cogens*, por lo que perfectamente una comunidad indígena en el marco de su territorio, cumpliendo con el debido proceso, podría en nombre de una sociedad plurinacional y diversa, investigar y sancionar los atentados contra la vida de conformidad con su derecho propio, sin que ello implique que ni la comunidad ni el Estado han dejado de cumplir sus obligaciones o peor aún están dejando en la impunidad este tipo de vulneraciones graves a las normas imperativas de carácter internacional.

Y aquí llegamos al tercer argumento de los jueces constitucionales. Según la Corte: “las comunidades, pueblos y nacionalidades están en la obligación de precautelar la vida en todas sus dimensiones garantizando la no impunidad de los delitos en casos de muerte” (Ibíd, 256). Esto es tanto como decir que la administración de justicia indígena es un modelo que aplicado a ciertos casos graves propicia la impunidad porque no protegen prioritariamente la dimensión subjetiva del derecho a la vida como si en otros asuntos menos graves no importara la impunidad³¹ y, lo que es peor, si el juzgamiento que hacen las autoridades indíge-

31 Corte Constitucional, Ibíd, p. 255.

nas de las faltas comunitarias³² no fuera administración legítima de justicia.

El desenlace es claro: debido a que en el derecho propio de los pueblos indígenas la vida es protegida solo en tanto aporta a la defensa de la comunidad, mientras que en el derecho ordinario la vida es protegida en sí misma,³³ cualquier juzgamiento que haga la justicia indígena de actuaciones en contra de la vida dejarían en la impunidad el delito. Este tipo de afirmaciones aparte de contradecir el tenor literal y el espíritu de la Constitución refleja el mantenimiento o por lo menos el renacimiento de visiones jurídicas profundamente etnocéntricas, que conciben a la justicia indígena como una justicia de rango ínfimo destinada a la resolución de *pequeñas causas*.

Finalmente, lo más grave de la decisión de la Corte de validar las actuaciones de las autoridades judiciales ordinarias en el caso limitando el ámbito de aplicación de la justicia indígena, con el pretexto de que esta no juzga la dimensión subjetiva de los atentados contra la vida ocurridos en los espacios comunitarios, representa una peligrosa interpretación del principio *non bis in idem* puesto que si bien reconoce que las autoridades indígenas en el caso concreto juzgaron el caso y ese juzgamiento era legítimo lo era sólo en cuanto se refería a las consecuencias comunitarias de la muerte del comunero, pero nunca en cuanto a la responsabilidad subjetiva de los autores del delito. Sin embargo, si preguntáramos a cualquier penalista mínimamente informado sobre el tema, y le dijéramos como asegura la Corte que la asamblea comunitaria tenía competencia, que existía un derecho preexistente conocido y aceptado por todos los involucrados y que las sanciones impuestas no vulneraban los derechos humanos, este penalista de buena fe debería responder que la decisión

32 Entre las cuales pueden existir y de hecho existen en la realidad atentados contra la vida y la integridad personal de los miembros de la comunidad.

33 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 113-14-SEP-CC, en revista Umbral No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio-diciembre 2014, pp. 254.

comunitaria es una *resolución definitiva con fuerza de sentencia* y, por lo tanto, que no cabía ninguna intervención de la justicia ordinaria y si lo hiciera, como efectivamente lo hizo, el resultado sería la violación flagrante de la prohibición del doble juzgamiento por un mismo hecho. Por otra parte vale reconocer que esta es la lectura que hizo el juez disidente en el voto salvado.³⁴

Resueltos estos problemas centrales la Corte resolvió el caso otorgando competencia a la comunidad para conocer del caso, determinando que ésta no cometió ninguna vulneración de derechos constitucionales, pero también, aplicando la tesis de que la razón de Estado está por encima de los derechos, concluyó que las actuaciones judiciales de las autoridades nacionales no habían vulnerado ningún derecho. Además, avaló el doble juzgamiento de una misma conducta con el insólito argumento de la distinción entre los efectos comunitarios objetivos de la muerte del comunero y los efectos subjetivos relacionados con la responsabilidad individual de los autores del homicidio.

Para llegar a esa solución, la Corte asumió que la comunidad al juzgar el caso no resolvió en su integridad el conflicto porque supuestamente no se pronunció sobre el bien jurídico vida, como es definido en el derecho penal ordinario; sino tan solo se pronunció respecto de los efectos sociales y culturales y comunitarios de esta muerte; mientras que la justicia ordinaria actuó para investigar y juzgar la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia, como se dijo más arriba, la Corte no se limitó como debería haber hecho, a resolver el caso concreto; sino que utilizando sus competencias de generación de derecho objetivo petrificó la interpretación constitucional y cerró cualquier posibilidad de volver a plantear el tema, convirtiendo a la justicia indígena, a través de las reglas³⁵ que impuso como de obligatorio cum-

34 Jaramillo, Marcelo, 2014, pp. 293 y sig.

35 La más importante de estas reglas es la que indica que la jurisdicción

plimiento para todos los pueblos y nacionalidades, en una justicia de menor nivel solo útil para la solución de pequeñas causas.

5. Reflexiones finales sobre la necesidad de preservar la memoria y el porvenir de la plurinacionalidad y de la justicia indígena

Más allá de los problemas de concordancia y de las inconsistencias jurídico constitucionales en las que incurre la Corte en la sentencia de La Cocha, dificultades que por otra parte han sido comentados por diversos expertos jurídicos nacionales y extranjeros, lo importante es hacer una valoración teórica y política de las consecuencias que la política judicial de la Corte, representada fielmente en esa sentencia, tiene frente al propio futuro de la justicia indígena y del Estado plurinacional ecuatoriano.

En lo que toca a la vigencia de los derechos colectivos el pronunciamiento de la Corte marca oficialmente el retorno a una comprensión radicalmente integracionista, liberal y etnocéntrica de la diversidad y de la plurinacionalidad en Ecuador. Esta interpretación, sustentada en la importación descontextualizada y a destiempo de la teoría normativa de los mínimos éticos,³⁶ desconoce el principio de interculturalidad y anula la posibilidad de generar un debate necesario al interior del discurso de los derechos humanos en relación con los límites del liberalismo ético y del *estatalismo*, pues cierra cualquier posibilidad de hacer interpretaciones interculturales de los derechos.

y competencia para resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona *es facultad exclusiva y excluyente del derecho penal ordinario*, aun en los casos en que los presuntos involucrados y responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, o los hechos ocurran dentro del territorio indígena.

36 Esta teoría que proviene de la jurisprudencia colombiana (Sentencia T-254 de 1994) ha sido recogida por la Corte Constitucional a través del peritaje realizado por Esther Sánchez para el caso La Cocha. Sobre el particular: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254 de 1994.

Menosprecia además el valor de la lucha centenaria de los pueblos indígenas ecuatorianos por recuperar su lugar en la historia (Clavero, 1994: 3-7) y lo hace por razones profundamente equivocadas: por un lado se pliega a la hegemonía política de un movimiento político y a las convicciones particulares del líder de la revolución ciudadana, sin pensar en el rol institucional que la justicia constitucional debiera cumplir en un Estado democrático constitucional, olvidando que quizás esta revolución por importante y profunda que sea, nunca será tan significativa como para autorizar la desatención de los derechos de las minorías, o la inversión de sus fines, como tampoco justifica olvidar la deuda histórica que la mayoría mestiza tiene contraída con los pueblos originarios de Nuestra América a causa del racismo, el colonialismo y la marginalidad que han soportado.

La política judicial de la Corte tampoco es sensible, consecuente o mínimamente agradecida con la lucha emprendida por los sectores populares y las organizaciones indígenas ecuatorianas en contra del neoliberalismo entre 1990 y 2005, lucha que en buena medida preparó a la sociedad ecuatoriana para la emergencia política de las clases medias urbanas, primeras adjudicatarias de los éxitos de la revolución ciudadana.

La situación generada por la justicia constitucional no sería tan grave si no implicara lanzar una carga de profundidad contra la idea de autonomía que han construido los pueblos indígenas en los últimos 30 años y que es elemento fundamental de su autogobierno; si no encubriera una visión estatalista y trasnochadamente etnocéntrica de la realidad ecuatoriana; visión que, parapetada en la defensa de la igualdad y en la lucha contra la pobreza, oculta el mantenimiento de un colonialismo interno inicu de cualquier proyecto político progresista o emancipatorio como pretende ser la revolución ciudadana.

El desconocimiento jurídico y político de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, que han hecho las instituciones del Estado ecuatoriano en estos últimos 7 años se promueve en defensa de la institucionalidad y de la lucha contra

el fantasma del corporativismo que ha gobernado al país en los últimos 175 años; olvidando que si bien el Estado corporativo existió y existe en el Ecuador, no se puede legítimamente poner en el mismo saco ni mucho menos confundir el corporativismo de las élites dominantes con la defensa de la comunidad por más que los dos reivindiquen intereses que van más allá del individuo o de la clase social.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas no son ni una trampa neoliberal ni la defensa corporativa de unos privilegios, sino son los mecanismos que los pueblos y comunidades han arrancado al constitucionalismo contemporáneo para garantizar la igualdad de oportunidades, y no se los puede, o mejor no se los debe anular en la búsqueda de una supuesta igualdad construida por decreto desde las instituciones del Estado. Esa igualdad, construida desde las políticas públicas con base en la asignación de recursos fiscales, por necesaria que sea, es profundamente volátil ya que su consolidación depende del flujo de estos recursos y no se respalda en las ideas, los deseos, las necesidades y las acciones políticas de la gente y, además, encubre el desconocimiento de la identidad cultural de millones de personas.

Por otra parte, como han reivindicado algunos dirigentes indígenas (Macas, 2011: 2) el ejercicio de la justicia indígena en el ámbito de los territorios ha sido el símbolo más claro del autogobierno indígena, un autogobierno construido sobre el rescate de la memoria de los pueblos originarios y expresión más cierta de la fortaleza comunitaria. Por ello, atacar a la justicia indígena rebajando su alcance o dejando que la equiparen o la confundan con manifestaciones de barbarie y fascismo social como los linchamientos populares de delincuentes,³⁷ no solo recusa el proyecto ético de vida en común que encarna la Constitución sino que constituye un peligrosísimo ejercicio de anulación de la memoria que radica en suprimir o negar el hecho y el valor de la diversidad. Guardadas las proporciones esa forma de construir

37 O la indiferencia estatal contra el racismo que está renaciendo en algunos sectores de la población ecuatoriana.

hegemonía negando la existencia o el valor de los pueblos indígenas es equivalente a acciones contra la memoria tan graves como el incendio de la biblioteca de Alejandría ordenada por el emperador cristiano Teodosio el Grande en el año 391 de la era cristiana,³⁸ o por la acción simbólica desarrollada por los conquistadores castellanos cuando erigían sus capitales y especialmente sus iglesias encima de las ruinas de los centros ceremoniales indígenas. También se puede relacionar con el ejercicio sistemático de reescritura de la historia soviética realizada en los años 30 por la academia de ciencias de la URSS a instancias de Stalin. Ninguna institución estatal podría decir *usted no tiene derecho a buscar por sí mismo la verdad de los hechos*.

Pero además no se puede olvidar que el ejercicio de la justicia indígena es en sí mismo acto subversivo de recuperación de la identidad de unas comunidades y unos pueblos que se niegan a desaparecer, y por lo tanto controlar, limitar o, peor aún, suprimir la justicia indígena como se ha propuesto por algunos funcionarios públicos ecuatorianos desde 2010, es tanto como intentar suprimir la capacidad de recreación social; y eso, como ha demostrado Tzvetan Todorov,³⁹ es la primera muestra de la aparición del totalitarismo, porque implica impedir a un grupo importante de la población, en este caso a la minoría indígena, afro y montubia, crear y recrear su historia.

Por ello la existencia del Estado plurinacional e intercultural y su realización material son tan importantes, porque más allá de que en el actual momento político ecuatoriano sus impulsores no tengan, como por otra parte nunca tuvieron, una mayoría electoral, su existencia refleja la posibilidad de reconocer la existencia del otro y su entorpecimiento impide a muchos ecuatorianos expresar institucionalmente sus proyectos de vida.

38 Este emperador romano, alentado por el obispo de Alejandría ordenó incendiar lo que quedaba de la famosa biblioteca para no dejar sobre la tierra memoria del conocimiento de los infieles.

39 Cfr. Todorov Svetan, 2008, pp. 13-20.

Palabra

Pero como la historia es cíclica no todo está perdido, parafraseando a Thomas Kuhn,⁴⁰ quien creía que las crisis son la anticipación de nuevas teorías, esperemos que la crisis estatalista de la justicia indígena, representada en la satanización de la diversidad y en el actual entendimiento negativo del papel de los pueblos indígenas en la resolución de los conflictos jurídicos de la sociedad ecuatoriana sea el prólogo de una nueva era de impulso definitivo al Estado plurinacional y al autogobierno indígena, y sobre todo la ocasión para que estos pueblos por fin sean protagonistas de su propia historia, esa que tanto la conquista española, anglosajona y nórdica, como la república mestiza, le expropiaron a estas comunidades y se niegan con tozudez a devolver.

40 Cfr. Kuhn, Thomas, 1975, p. 30.