

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR. ANÁLISIS DEL JUZGAMIENTO DE ABIGEATO EN LA COMUNIDAD DE SACHA EN COTOPAXI

## HUMAN RIGHTS AND INDIGENOUS JUSTICE IN ECUADOR: AN ANALYSIS OF A SANCTIONING PROCESS FOR CATTLE RUSTLING IN THE SACHA COMMUNITY IN COTOPAXI, ECUADOR

## OS DIREITOS HUMANOS E A JUSTIÇA INDÍGENA NO EQUADOR. ANÁLISE DO JULGAMENTO DE ABIGEATO NA COMUNIDADE DE SACHA EM COTOPAXI

*Angélica Porras Velasco\**

Recibido: 12/01/2017  
Aprobado: 17/07/2017

### Resumen:

El presente trabajo es el resultado de la investigación realizada en el marco del proyecto de *Estudios sobre la Justicia Indígena* de la Universidad SEK y comprende el análisis del proceso de juzgamiento de abigeato en una comunidad indígena de la sierra ecuatoriana. El ensayo pretende describir y comprender las tensiones entre las formas de justicia indígena y los derechos humanos, para lo cual se realiza un cuestionamiento a la noción de derechos humanos como categoría universal y se aboga por una interpretación intercultural de los mismos. El método utilizado es cualitativo, principalmente observación de campo y entrevistas en profundidad a autoridades indígenas.

**Palabras clave:** Interculturalidad del derecho; Justicia indígena; Relativismo cultural; Derechos humanos.

### Abstract:

This paper is a result from the research project “Indigenous Justice”, carried out by SEK University of Ecuador. It includes an analysis of a sanctioning process for cattle rustling in an indigenous community in the Ecuadorian highlands. This essay addresses the tensions between indigenous justice and human rights, as a universal notion, and advocates for an

intercultural interpretation of them. The method used is mainly qualitative: field observation and depth interviews to indigenous authorities.

**Key words:** Intercultural Law; Indigenous Justice; Cultural Relativism; Human Rights.

### Resumo:

O presente trabalho é o resultado de pesquisa realizada no marco do projeto de Estudos sobre a Justiça indígena da Universidade SEK e compreende a análise do processo de julgamento de abigeato numa comunidade indígena da serra equatoriana. O ensaio pretende descrever e compreender as tensões entre as formas de justiça indígena e os direitos humanos, y para tal fim, se realiza um questionamento sobre a noção de direitos humanos como categoria universal e se advoga por uma interpretação intercultural dos mesmos. O método utilizado é qualitativo, principalmente a observação de campo e entrevistas em profundidade a autoridades indígenas.

**Palavras chave:** Interculturalidade do direito; Justiça indígena Relativismo cultural; Direitos humanos.

\* Abogado (Egresado con el mejor promedio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: 9.43/10). Doctorando en Derecho (UNR). Maestrando en Derecho Público (UNR). Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional (Facultad de Derecho. UNR). Ganador de la “X Competencia Interuniversitaria” de litigio oral en Derechos Humanos. Becario del Instituto Berg para el Curso “Derechos Humanos en terreno: Europa 2016”. Becario de Investigación del Consejo Interuniversitario Nacional 2015-2016 (por concurso).

## INTRODUCCIÓN

Las múltiples atrocidades que ha tenido que soportar la humanidad producto de las guerras, el colonialismo, la voracidad económica, entre otras, han hecho evidente la necesidad de contar con un mínimo ético que guíe las conductas de los seres humanos y limite el poder del Estado.

Este consenso se ha traducido en lo que conocemos como Derechos Humanos; los que a partir de la segunda mitad del siglo XX, están recogidos en una serie de instrumentos internacionales y, por las Constituciones de prácticamente todos los países del mundo. Sin embargo, su implementación no deja de tener dificultades.

Uno de los problemas más recurrentes en su aplicación se presenta cuando los derechos humanos, con pretensión de universalidad, tienen que concretarse en contextos culturales diferentes de aquél que les dio origen. Si bien los derechos humanos son producto de Occidente y están ampliamente influenciados por los valores de la modernidad: racionalismo, individualismo y capitalismo, su aceptación como criterios axiológicos de limitación del poder es ampliamente difundido. Pero, el contenido de los mismos sigue siendo interpretado culturalmente.

El presente trabajo se plantea como objetivo analizar la cuestión de la justicia indígena en el Ecuador y su posible contradicción con la noción de derechos humanos.

La capacidad de que las autoridades indígenas administren justicia, con base en su derecho propio, estuvo reconocida desde la Constitución de 1998; en la actual Constitución se vuelve a consagrar este derecho, pero al mismo tiempo se deja establecido que se hará en el marco de los derechos humanos y la Constitución. El problema surge cuando las prácticas de aplicación de justicia indígena, parecen contradecir –al menos a primera vista– los derechos humanos o la dignidad de la personas.

Proponemos como tesis principal de este trabajo que el problema de la justicia indígena no debe plantearse en términos de violación o no de derechos humanos; porque eso siempre supone la idea de un contenido fuerte y completo de lo que se entiende por ellos, sino que, pensamos que dicho contenido debe ser establecido a través del diálogo intercultural, entendiendo en primer lugar que el propio fundamento de tales derechos está situado culturalmente.

Con ese propósito hemos dividido el presente artículo en dos partes: primero abordaremos a breves rasgos lo que se entiende por derechos humanos y el problema de la relatividad cultural; segundo, estudiaremos lo que se entiende por justicia indígena en Ecuador incluido el análisis de un caso concreto. Como metodología hemos utilizado un enfoque cualitativo basado en la revisión bibliográfica de estudios de caso anteriores y entrevistas a líderes indígenas.

## LOS DERECHOS HUMANOS ¿UN MÍNIMO ÉTICO UNIVERSAL?

Después de la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos se constituyeron en un paradigma ético mínimo: “capaz de restaurar la lógica de lo razonable”, es decir se convirtieron en límites que no podían ser transgredidos en ningún momento y se suponen compartidos por todos.

A pesar de que implicaron un amplio consenso, su contenido ha sido entendido de distintas maneras, ya sea que se lo mire desde una perspectiva netamente formal o de una esencial; lo que a su vez hace que, en contextos culturales plurales, convivan, de manera poco pacífica, diferentes concepciones sobre los derechos en general o sobre alguno de ellos en particular.

Este problema ha sido abordado desde la Filosofía del Derecho y ha merecido diversas respuestas, según la tradición teórica de que se trate, retomando el breve recorrido que la autora hace en otro lugar se puede decir que:

desde una perspectiva utilitarista, los derechos humanos son cosas valiosas (o útiles) para los hombres que se deben proteger; o, desde un acercamiento histórico, los derechos humanos son realidades instrumentales que inventan los hombres para responder a ciertas necesidades vitales sobrevenidas del contexto de su existencia; para otros, los derechos humanos son “cri-

terios morales extrasistemáticos” que sirven de estándares de validez para la acción del poder político y de las personas; también se considera a los derechos humanos como pretensiones justificadas. Con un corte más social, se dice que los derechos humanos son parte de la ética emancipatoria, de una “racionalidad de la resistencia”. Allí encontramos sobre todo los aportes de Boaventura de Sousa y de Luigi Ferrajoli (Porrás 2017)

A pesar de que todas estas perspectivas teóricas concluyen que los derechos humanos les corresponden a los seres humanos por el hecho de ser tales, no abordan o no resuelven el problema de si esos principios son los mismos para todas las culturas, o no siéndolo, cómo podrían construirse elementos comunes que permitan comunicarlas. Flavia Piovensan, al tratar este asunto, señala el gran reto que supone para la teoría clásica del derecho (Piovensan 2006, 46) intentar identificar si ese contenido mínimo común existe o es posible de determinar (Piovensan 2006, 46).

Estas preguntas han merecido respuestas desde dos grandes corrientes: a) los universalistas que consideran existe un “mínimo ético irreductible que comparan todos los seres humanos por su valor intrínseco a la condición humana, su dignidad” y, b) los relativistas, quienes en cambio sostienen que son las condiciones culturales las que construyen la noción de derechos humanos, desde esta perspectiva “no hay una moral universal como no hay en el mundo una sola cultura sino una pluralidad de culturas” (Porrás 2017).

Como vemos el primer acercamiento soslaya la cuestión de las diferencias culturales y el segundo la ubica en un lugar privilegiado. Así, en el primer caso nos enfrentamos a un problema fáctico, ¿Qué ocurre cuándo de hecho, las diferencias culturales otorgan un contenido diferente a la noción de derechos humanos?; en el segundo caso, a uno de carácter axiológico, ¿Si no existen contenidos éticos mínimos aplicables a todos los seres humanos y a todos los contextos culturales, cuál es el criterio que sirve para juzgar una situación determinada?

Una posible respuesta se ha ensayado por parte de Luis Villoro, quien apunta que para superar el problema se debe recurrir a ciertos presupuestos: 1) los valores solo son “reconocidos y realizados” en una cultura par-

ticular; 2) una cultura incluye tanto los valores consensuados (vigentes) como la proyección de valores disruptivos de la moral vigente; 3) la comunicación entre culturas supone unas condiciones de “racionalidad universal” de carácter formal que permita precisamente la comunicación entre ellas; 4) la comunicación hace posible el reconocimiento de valores transculturales (Villoro 2016, 173).

En lo descrito podemos identificar con claridad la importancia que da el autor a los elementos comunes que permitan ponerse de acuerdo, es decir, la necesidad de una racionalidad formal en el sentido de un método a ser utilizado para llegar al consenso. Sin embargo, las condiciones formales del diálogo son difíciles de alcanzar pues los intervinientes deben actuar sin coacciones (Villoro 2016, 176-177).

Villoro considera que, en ese contexto, es posible el diálogo entre culturas, pues sostiene que en toda cultura existe una moral positiva (mayoritaria) y una crítica (minoritaria), que en un momento dado, al contacto con otra cultura, podría ser fortalecida o debilitada, y, en tal sentido el resultado de esta intermediación puede ser repensar la propia cultura. Así planteadas las cosas, queda pendiente el criterio de validez con que se juzgarían los resultados del encuentro. Villoro propone para satisfacer esta dificultad el dejar en manos de los propios integrantes de la cultura la construcción de su destino sin coacción (Villoro 2016, 178-180).

En esta propuesta identificamos dos elementos: uno de forma, referido a la participación y al diálogo: son los interesados los llamados a construir su propio destino; y, otro, de carácter sustancial, alusivo al tipo de diálogo, este debe ser sin coacción, es decir con libertad e igualdad entre los sujetos concurrentes, en este caso de distintas culturas. Sin embargo, esta respuesta, en la hipótesis de que fuera posible tal diálogo, no supera la posibilidad de que eventualmente se pueda arribar a una decisión que transgreda principios considerados fundamentales o constitutivos de una u otra de las partes. En este orden de ideas, parecería que es necesario un contenido esencial común, que como ya hemos visto topa con la relatividad cultural.

Ante este aparente callejón sin salida, se puede acudir a algunas de las elaboraciones que vienen de los estudios de la llamada “racionalidad andina” o las propuestas de Levinas sobre la “alteridad” y el otro, con el

fin de intentar hallar algún criterio que asegure que el diálogo entre culturas no suponga necesariamente un resultado que jerarquice a una de ellas y oprima a otra.

Efectivamente, entendiendo la racionalidad como una forma de ubicarse en el mundo, Esterman sostiene que en la región andina, concretamente en las comunidades y pueblos indígenas, el eje fundamental que constituye esa racionalidad es lo sacro y el símbolo; a diferencia de la “occidental” en la que es el logos y el concepto (Esterman 1998, 89). Tal racionalidad se hace vivencialmente y no de manera abstracta, en esa vivencia cobra relevancia la relación con otros seres humanos o con la naturaleza, es esto lo que define al sujeto humano indígena. En ese sentido, el ser humano es relacional y no un individuo aislado (Esterman 1998, 96-97).

Siendo el ser humano entonces un ente relacional, las vinculaciones con el mundo exigen reconocer aquello con lo que se relaciona algún valor intrínseco. Así se explica que para los indígenas, los otros, incluso lo inanimado, tenga energía y vida (Pacari 2009, 33). La pregunta que surge inmediatamente es entonces cuál es la diferencia entre el ser humano y el resto de la naturaleza, los estudios de Esterman consideran que esta radica en la función del ser humano, a quien se le ha atribuido la responsabilidad del cuidado de todo, es una especie de guardián.

La responsabilidad por el otro como característica del ser humano es desarrollada por Lévinas, para quien el fundamento de lo humano es la diferencia y la alteridad. Desde su punto de vista, la subjetividad se plantea como responsabilidad por el otro, no se trata desde esta perspectiva de otro específico e individualizado, sino de lo desconocido, de aquello que bajo ninguna circunstancia se puede aprehender o poseer, no es otra libertad junto a la propia, sino de la relación con un sujeto totalmente distinto. Por tanto, la inteligibilidad del otro no tiene que ver con su “síntesis” con uno mismo, sino con la alteridad, la existencia de algo diferente (Lévinas 2001, 214). Así, la dignidad del otro, el reconocimiento como ser humano o seres con derechos, se revela como responsabilidad<sup>1</sup> personal en el encuentro con el otro.

Hechas estas precisiones sobre la relacionalidad y la responsabilidad, volvamos al punto de si es o no posible el acuerdo entre culturas diferentes sin necesidad de establecer un contenido esencial común, podríamos sostener que la igualdad de condiciones que debe ser garantizada en el diálogo entre los interesados puede recurrir a la noción de relacionalidad y responsabilidad por el otro. Es posible, pensamos, que la relacionalidad como criterio de la racionalidad del diálogo entre diferentes asegura la actuación de las partes sin coacción y, la responsabilidad por el otro en cambio, permite de alguna manera asegurar que no se buscará su eliminación o destrucción.

## LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

En el mundo actual, en el que la diversidad cultural es un dato de la realidad, se presentan problemas cotidianos respecto a la convivencia de varios grupos, diferentes culturalmente, conviviendo en el territorio de un mismo Estado.

La política y el derecho han ensayado varias formas de responder a este fenómeno ya sea eliminando la diferencia a través de la imposición de una de las culturas o, mediante el reconocimiento de los derechos de las culturas en cuestión, en mayor o menor medida. Aunque parece muy difícil llegar a establecer una relación

en plano de igualdad se han hecho esfuerzos por permitir cierta convivencia.

En el caso de los países andinos, la presión de los movimientos indígenas aunado a una necesidad de legitimación del poder político llevaron a que se adoptaran formas variadas de constitucionalización de los derechos de la diversidad (Grijalva 2009, 291).

Ecuador, desde las reformas constitucionales de 1996, introduce en sus Constituciones el reconocimiento de ciertos derechos de los pueblos y nacionalidades indí-

<sup>1</sup> Resulta muy interesante la relación que hace Lévinas entre responsabilidad y sufrimiento, para él, el único momento en que la responsabilidad se vuelve irresponsabilidad es cuando el “sufrimiento alcanza su pureza”, generalmente entre él y el ser humano está la dignidad y por eso la responsabilidad, pero cuando no hay nada entre el ser humano y el dolor no hay responsabilidad. Ver: Emmanuel Lévinas, *El tiempo y el otro*, 113. Así el infligir sufrimiento total a otro no es más que quitarle su dignidad.

genas primero en la educación y en la salud, luego, a partir de la Constitución de 1998 y con más fuerza en la de 2008, estos derechos se amplían de manera significativa que incluyen el territorio, el derecho propio e incluso alguna forma de autogobierno.

A continuación vamos a realizar un análisis de la constitucionalización de la llamada justicia indígena.

La primera Constitución que de manera expresa reconoce la facultad de las autoridades indígenas de administrar justicia es la de 1998, esto desde luego no quiere decir que con anterioridad a esta fecha la justicia indígena no existiera, permanecía viva y funcionando en las comunidades, sin embargo no tenía el reconocimiento oficial.

El artículo 191 expresamente establecía

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 (CPE 1998).

La Constitución de 2008 mantiene este artículo más o menos en los mismos términos pero lo amplía un poco, así, en el artículo 171 dice:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos

de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Si comparamos ambos artículos encontramos varios elementos destacados.

La primera cuestión a tomar en cuenta es la forma diferenciada de referirse a la estructura social de los indígenas, la Constitución de 1998 se refiere a los “pueblos indígenas”, en cambio, la de 2008 los denomina “comunidades, pueblos y nacionalidades”. Sin duda constituye un avance y un reconocimiento de la complejidad que entraña esta realidad; recordemos que la Constitución de 1998 reconoce al Estado ecuatoriano como “pluricultural y multiétnico” (CPE, artículo 1) y la de 2008 como “intercultural y plurinacional” (CPE, artículo 1).

Ese reconocimiento también implica un avance. Los términos multicultural y pluricultural son descriptivos, muestran la diferencia de culturas viviendo en un mismo espacio, sin embargo no dan cuenta de la relacionalidad entre ellas, y ocultan sus relaciones jerárquicas, es decir la colonialidad. Sin embargo, hay que aclarar que el “multi” solo indica la existencia de varias culturas en un mismo espacio en el marco de una cultura dominante, en cambio lo “pluri” muestra la convivencia de culturas un poco más relacionada, mestiza, podría decirse, aunque tampoco se cuestiona las relaciones inequitativas entre las mismas (Walsh 2008, 140).

Lo intercultural, en el proyecto de los movimientos indígenas, se plantea desde el reconocimiento de la dominación, desigualdad pero también la relacionalidad, entre las culturas, va más allá de la tolerancia y el respeto, implica la construcción de una forma de vida diferente que transforme las estructuras de jerarquización y dominio, es decir que impulse la descolonización a través de lógicas de relaciones más equitativas (Walsh 2008, 141).

La plurinacionalidad se refiere también a un dato de la realidad, describe la existencia de pueblos o naciones diferentes que pre datan al Estado (Walsh 2008, 142). Esta característica de plurinacional supone una proyección de la diferencia institucional y política, enfatiza en la autonomía de los grupos (Grijalva 2009, 399).

La segunda cuestión para el análisis es el derecho a aplicarse en la solución de conflictos: se trata de normas, costumbres y derecho propios, como señala Julio Cesar Trujillo, la aplicación de la justicia indígena no es arbitraria, ni anárquica, existen principios y procedimientos estabilizados a lo largo de mucho tiempo, que si bien no están escritos, son conocidos por quienes luego van a ser juzgados por ellos (Trujillo 2013, 311). Esto no implica que sean estáticos, al contrario, como todo derecho se adapta y cambia, integra elementos que podrían considerarse extraños y hasta contradictorios, como por ejemplo los “latigazos” como forma de castigo entre los indígenas, a pesar de que ellos se utilizaron en las haciendas aplicadas por parte de capataces y hacendados.

Se ha discutido largamente sobre cuáles son los criterios con que juzgan las autoridades indígenas, si no lo hacen con los de la Constitución y la ley. Se ha dicho también que en varias comunidades kichwas de la Sierra ecuatoriana existen ciertos principios éticos de convivencia que son aplicados al momento del juzgamiento; sin ser exhaustivos, pues cada pueblo incluso comunidad puede llegar a tener más principios, se pueden resumir en los siguientes: *Ama llakichina* (no hacer daño, no agredir); *Ama Shua* (no robar); *Ama Llulla* (no mentir); *Ama Muku* (no ser avaro); *Randy Randy* (solidaridad); *Ama yalli charina* (no codiciar)<sup>2</sup>; *Ama Killa* (no ser ocioso) (Llasag 2009, 205). Sin embargo de que esto puede ser así, resulta muy difícil identificarlos cuando se estudian casos concretos, pues se acude generalmente a relatos y no se presencia directamente el proceso.

De todas formas lo que aquí nos importa es señalar que varios de esos principios o valores están también recogidos en las leyes y en la propia Constitución, es decir en el derecho estatal. Son comunes, sin embargo esto no significa que su aplicación sea semejante, no sólo pasa por la importancia que se pueda dar a uno u otro valor, sino a la forma en que se aplican. Un ejemplo de lo que aquí se afirma son ciertas conductas que pueden considerarse delitos en la legislación estatal y no en las prácticas indígenas o viceversa.

La importancia que se pueda dar a uno u otro principio en el juzgamiento de casos concretos es el tema

más difícil de enfrentar, pues se refiere al contenido que “culturalmente” tiene cada derecho, por lo que no pocas veces existe contradicción.

Nuestra Constitución previendo esta posibilidad ha optado por dejar en manos de la Corte Constitucional la interpretación de cuándo una actuación indígena supondría una violación a los derechos humanos. Pero, la composición de la Corte, principalmente integrada por mestizos, hace que se trate de una institución con poca sensibilidad a la interpretación intercultural de los derechos humanos. Esta cuestión sigue estando pendiente tanto en el análisis y en la práctica de las relaciones entre justicia indígena y justicia ordinaria.

En cuanto a la forma de aplicación de la justicia indígena, varios estudiosos han planteado que en el juzgamiento se puede encontrar no sólo un procedimiento, sino un debido proceso, respetuoso de las garantías constitucionales. Aunque pensamos que intentar buscar semejanzas implica ya tomar una cultura, la mezcla y su derecho, como referencia, repasaremos lo que al respecto se plantea.

Según Raúl Llasag (2009, 198-199) el proceso de juzgamiento de los indígenas tiene las siguientes etapas:

1. Willachina o willana (demanda o aviso) por el cual se hace conocer a las autoridades de la situación que debería ser juzgada. Este aviso se realiza por parte de la propia víctima o por vecinos o familiares.
2. Tapuykuna o tapuna (averiguación o investigación del conflicto) esta investigación se realiza acudiendo sobre todo a conversaciones con personas allegadas al problema y no pocas veces tiene formas religiosas o místicas como los sueños.
3. Chimbapurana o wahuichina o ñawinchi (confrontación entre acusado y acusador) en la justicia indígena un paso inexcusable es la confrontación entre las partes, que se realiza con la presencia de familiares o “padrinos” de cada lado ante las autoridades indígenas o ante la Asamblea de la comunidad, en esta etapa las autoridades descubren la “verdad” de los hechos.

<sup>2</sup> Raúl Llasag comenta que en la comunidad Consolación, se decidió mediante Asamblea, sancionar a una indígena que abrió una tienda de víveres, porque se consideraba que eso produciría desigualdad económica y que nadie tenía derecho a poseer más que los otros.

4. Killpichirina (resolución) generalmente se toma después de una larga deliberación entre las autoridades e incluye no solo la limpieza espiritual (castigo) sino también la reparación a la víctima que puede incluir trabajos para ella, pagos en efectivo, reposición de bienes, etc.
5. Paktachina (ejecución) es la aplicación de la resolución, se hace a través de las autoridades indígenas y generalmente ante toda la comunidad.
6. Chichi yashca (limpieza espiritual) para los indígenas, según sus versiones, no se trata de un castigo, sino de una purificación que busca eliminar del cuerpo las malas energías o los malos espíritus y eso se hace llamando al cuerpo a despertarse. Incluye varias acciones: “ortigamiento”<sup>3</sup>, baño, limpieza con hierbas curativas o licor, a veces latigazos, todo esto acompañado de consejos<sup>4</sup>.

Para otros indígenas, el proceso utilizado para el juzgamiento se puede equiparar al del derecho estatal, esa es la posición de Rosa Baltazar Yucailla, quien encuentra que se puede identificar el debido proceso, el respeto a la vida, la no tortura, la integridad física y la participación de las mujeres (Baltazar 2009, 463-466). Pensamos que no es posible utilizar como categorías de análisis las derivadas –de lo que podríamos llamar el derecho estatal u occidental– y directamente aplicarlas sobre las prácticas indígenas, es necesario primero saber si son comparables o al menos conocer que responden a formas diferentes –aunque no totalmente– de mirar la vida, menos aun cuando una de esas culturas se ha declarado como superior.

La tercera cuestión a estudiarse es el ámbito de aplicación, este aspecto ha sido el más debatido en el país, la Constitución de 1998 señala que las autoridades indí-

genas podrán juzgar conflictos “internos”, en cambio la de 2008 indica que se juzgarán asuntos en los respectivos “ámbitos territoriales”. Bajo la vigencia de la Constitución anterior no se logró acuerdo sobre aquello que significaba “internos”, hubo quienes pensaban que se trataba de asuntos ocurridos en una comunidad o relacionados con la comunidad, y, quienes los anclaban al territorio. En la Constitución de 2008 claramente se refiere al territorio, pero surge una cuestión muy importante, sobre todo para las comunidades de la Sierra en las que los indígenas viven en territorios compartidos con mestizos o incluso en ciudades<sup>5</sup>. Se trata de una cuestión todavía sin resolverse.

La cuarta cuestión tiene que ver con las autoridades con capacidad de juzgar, como ya se dijo, se trata de las autoridades legítimas de la comunidad, elegidas con sus propias normas y legitimadas (Trujillo 2013, 312)<sup>6</sup>.

Y, un último asunto a estudiarse es el relacionado con los límites a esa jurisdicción indígena, en la Constitución de 1998, se habla de que ese límite será impuesto por la Constitución y la Ley, en la actual Constitución, en cambio, ese límite está fijado por la Constitución y los derechos humanos. El problema surge cuando ciertas prácticas se consideran violatorias de derechos humanos, como por ejemplo las acciones desarrolladas en la “purificación espiritual” o de ciertas acciones que se realizan como castigo.

Sobre este punto hay que insistir en que los indígenas consideran que aquéllas prácticas relacionadas con la purificación no son atentatorias a los derechos humanos, porque son una forma de curar, de volver a integrar a la comunidad a quién se desviado del “camino correcto”<sup>7</sup>, pero, no dejan de reconocer que existen excesos<sup>8</sup>, la pregunta que persiste es cómo se logra establecer ¿cuándo se trata de un exceso sin caer en el

3 Esta práctica es tan común que inclusive se utiliza en otros contextos que no significan castigo, por ejemplo en los bautizos, si el niño no es muy pequeño se le ortiga los pies, las manos y la cara, con el fin de que vaya por buen camino, no robe y no hable mal de otros.

4 Hay una larga controversia en este punto, sobre todo porque en los últimos años se han evidenciado otras formas de resoluciones, que difícilmente se pueden llamar purificación, por ejemplo, en una comunidad de Otavalo llamada La Compañía, existe un grupo de indígenas –no autoridades– denominados “los justicieros”, que aplican justicia a petición expresa y recurren a acciones que van mucho más allá de la limpieza espiritual, como por ejemplo: encierros, ahogamientos, malos tratos, con el fin de obtener confesiones o firmas de documentos de pago a los supuestas víctimas. Se puede ver fácilmente que no coincide con el proceso que hemos descrito, pues normalmente en un juzgamiento indígena, la determinación de los hechos se hace previamente a la imposición de la resolución, en este caso en cambio se presiona a la persona para que confiese. La confesión es una forma de averiguación de la verdad que no existe en las comunidades indígenas, pues la investigación como se ha dicho se hace a través de consultas y conversaciones con las partes y los allegados. Entrevistas 2 y 3.

5 En Quito, existen varias casas coloniales grandes que han servido de lugar de vivienda a comunidades indígenas enteras y se aplican normas y procedimientos indígenas.

6 Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, 312; en el mismo sentido se manifiesta Raúl Llasag en “La jurisdicción indígena”, 192.

7 Entrevistas 1, 2 y 3.

8 Entrevistas 2 y 3.

desconocimiento de los derechos colectivos de esos pueblos?

Para abordar tal cuestión debemos retomar tanto las nociones de derechos humanos así como la de justicia indígena:

Los derechos humanos son la ley del más débil o la racionalidad de la resistencia, en definitiva límites a todo tipo de poder que oprima o discrimine. En cuanto a la justicia indígena podríamos decir que es el conjunto de normas, procedimientos y autoridades que se utilizan en las comunidades, pueblos y nacionalidades para resolver conflictos que afectan su armonía y estabilidad (Baltazar 2009, 453).

Ahora bien, de las entrevistas realizadas a los dirigentes indígenas, hay dos cosas sumamente relevantes en cuanto a la noción de derechos humanos que parece prevalecer en el lugar, primeramente, los derechos humanos, así como la dignidad de la persona están asociados más a la “lucha” por el acceso a los dere-

chos o por la “resistencia” a la opresión. Los derechos son algo que se “gana”, desde su perspectiva, no se tienen desde siempre y, por tanto se pueden perder. En todo caso, alcanzarlos, mantenerlos o luchar por otros más, es lo que da dignidad a las personas, dicho de otra manera, están directamente asociados a la dignidad<sup>9</sup>.

En segundo lugar, los derechos humanos se plantean generalmente frente al Estado, al gobierno y a la sociedad en general, hay muy poca “conciencia” de que los mismos podrían estar en peligro por las prácticas de la misma comunidad. Es decir, los derechos humanos también se miran de manera colectiva.

En cuanto a la justicia indígena, ella se entiende como un derecho ganado, en ese sentido su reconocimiento en la misma Constitución sumado al hecho de que en la práctica los conflictos de las comunidades se resolvían con sus propias normas, la normativa estatal refuerza la capacidad de acción de las autoridades indígenas en materia de justicia indígena.

## ANÁLISIS DE CASO

Para el estudio de caso se ha escogido un juzgamiento de abigeato<sup>10</sup> realizado en una comunidad kichwa de Cotopaxi, denominada Sacha, empezaremos por describir la comunidad y luego revisaremos el caso. Esta comunidad está ubicada en el cantón Salcedo de la provincia de Cotopaxi, en la sierra centro del país, su territorio corresponde en una buena medida a los páramos, su clima es frío y su orografía montañosa. La comunidad está conformada por indígenas, principalmente panzaleos y mestizos<sup>11</sup>.

En cuanto a su origen, al igual que otras comunidades de la Sierra centro del Ecuador, está en la hacienda,

en este caso la denominada Cumbijín, que con las reformas agrarias de 1964 y 1974 se dividió y entregó a los indígenas, anteriores huasipungueros. Sacha está conformada por alrededor de doscientas cincuenta familias, vive de la ganadería y agricultura. Se habla castellano y Kichwa<sup>12</sup>.

En cuanto a su organización política, está dirigida por un Cabildo que se elige por la Asamblea de comuneros de manera anual. Este órgano es el encargado de solucionar los conflictos que se presenten en la comunidad e imponer castigos introduciendo otros no utilizados anteriormente, como los latigazos, encierros, etc.

## EL JUZGAMIENTO

El juzgamiento que vamos a analizar se realizó en el mes de mayo del año 2016. El comunero relata que

desde hace cinco años en la comunidad de Sacha se produjeron varios robos de ganado, que incluía vacas,

<sup>9</sup> Entrevistas 2 y 3.

<sup>10</sup> El abigeato es un tipo penal que consiste en el hurto de ganado.

<sup>11</sup> Región montañosa que se ubica entre los 3000 y 5000 metros de altura.

<sup>12</sup> El huasipungo fue una institución económica que permitió la organización de las haciendas y los indios conciertos en ellas. Consistía en la entrega de un pequeño pedazo de tierra para la familia indígena huasipunguera que le permitía un lugar donde vivir y además una pequeña economía de subsistencia.

ovejas y cerdos; prácticamente se habían visto afectadas todas las familias de la comunidad<sup>13</sup>.

Para evitar los robos la comunidad se organizó en rondas de vigilancia, una noche se pudo descubrir y frustrar un robo, fueron identificados y retenidos quienes estaban llevándose el ganado, se trataba de dos jóvenes de otra comunidad cercana, también indígenas, que fueron entregados a las autoridades de la comunidad. La directiva del cabildo, conformada por una Presidenta, una Vicepresidenta y varios vocales, convocaron a una reunión en la plaza central de la comunidad donde acudió casi toda la población. Se les comunicó lo ocurrido y, se procedió al juzgamiento<sup>14</sup>.

Primero, en una libreta de notas se recogió las quejas de todos quienes habían sido afectados por el robo, desde hace cinco años, luego, se tomó la decisión (resolución) de “ortigarlos” y, bañarles en agua fría<sup>15</sup>. Después, la directiva, sobre todo la presidenta –quien además es mestiza-, decidió exigirles que identifiquen a toda la red de abigeato, porque suponían que el ganado era llevado a una ciudad cercana para su venta, puesto que no podía venderse en las comunidades cercanas, pues hubieran sido descubiertos. Ante la negativa de los jóvenes se procedió a latigarlos, a golpearlos e inclusive se les aplicó electricidad.

Desafortunadamente, producto de estas acciones, uno de los jóvenes quedó inconsciente, para reanimarlo nuevamente se acudió a la electricidad logrando que se recupere<sup>16</sup>.

Las familias de los jóvenes accedieron a pagar \$10.000,00 (diez mil dólares) que fueron repartidos a todos los afectados conforme el número y calidad de cabezas de ganado sustraídas al valor actual<sup>17</sup>.

Varios puntos deben analizarse de este caso:

- La constatación de la falta se hizo de primera mano, se descubrió a los abigeos en plena ejecución del delito, pero este hecho no fue casual, era la forma decidida por la comunidad de enfrentar los robos que venían sufriendo.

- La resolución se tomó luego de haber identificado el daño realizado, considerando la afectación desde hace cinco años, sin saber si ella correspondía o no a la responsabilidad de los dos jóvenes que fueron apresados.
- La indemnización se repartió entre todos los afectados proporcionalmente al daño sufrido.
- La ejecución incluyó acciones encaminadas a la limpieza espiritual y otras que no forman parte de tales prácticas. Aunque, los dirigentes indígenas insisten en que la justicia indígena no es un castigo, sino una purificación para quien no respeta las reglas y siembra desarmonía, en este caso concreto, se utilizaron acciones que no estaban encaminadas a la purificación sino a la “confesión”. Esto es muy importante, pues, la constatación de los hechos se realiza directamente o de formas místicas, por lo que resulta extraño el uso de la confesión, ésta es una forma adoptada desde fuera que no corresponde a su derecho propio.
- Al ser consultados sobre este punto dos de los entrevistados de otras comunidades, se manifestaron en contra de estas acciones y además atribuyeron su aparición a la influencia de la televisión<sup>18</sup>.

Ahora bien, ¿son estas prácticas violatorias de derechos humanos? La respuesta es difícil, pero de lo dicho hasta ahora se pueden plantear algunas ideas, tomando en cuenta las concepciones que sobre derechos humanos y dignidad tienen estas comunidades. Como decíamos en esta comunidad, la dignidad está relacionada con la lucha y la resistencia –aunque también con la identidad–. Justamente la identidad como indígenas hace que su cosmovisión integre las categorías que se han identificado como “racionalidad andina”, para el caso que nos ocupa la relacionalidad y la responsabilidad.

Algunas de las acciones en este caso fueron violatorias de derechos, así el uso de la electricidad puso en peligro la vida de las personas que fueron juzgadas, y esta afirmación no sólo puede ser hecha desde las premisas que subyacen el derecho estatal o mestizo, sino desde

<sup>13</sup> Entrevista 4.

<sup>14</sup> Entrevista 4.

<sup>15</sup> Hay que tomar en cuenta que esta comunidad se encuentra en el páramo, normalmente tiene temperaturas que ronda los cuatro grados centígrados.

<sup>16</sup> Entrevista 4.

<sup>17</sup> Entrevista 4.

<sup>18</sup> Entrevista 2 y 3

el propio derecho indígena, en cuanto atentan a la racionalidad y a la responsabilidad por el otro.

Por otro lado, también son atentatorias a las concepciones más contemporáneas de derechos humanos, pues no se repara, en ningún momento, en los derechos humanos como práctica de resistencia o ley del más débil, pues como habíamos dicho estos derechos se entienden frente a la cultura y sociedad mestiza y al Estado.

Así mismo, en cuanto a la cuestión del procedimiento, si bien se encuentran en la descripción algunas de las etapas mencionadas por Raúl Llasag, parecería aven-

turado sostener que existe “debido proceso”, sobre todo porque se llegó a poner en peligro la vida de las personas juzgadas.

En todo caso, la facultad de ejercer justicia, los valores que integra la justicia indígena e incluso la posibilidad de comunicar las culturas jurídicas diferentes está presente, lo que ocurre es que en este caso en particular se dieron ciertas prácticas atentatorias a las nociones propias de los indígenas de derechos humanos, así como a las más occidentalizadas. Sin embargo no puede inferirse de allí que todas las prácticas, ni en este caso y menos en otros, implican violaciones a los derechos humanos.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Para concluir debemos señalar que la noción de derechos humanos como inherentes a todos los seres humanos y como leyes del más débil, ante cualquier forma de opresión o discriminación, no se encuentra de forma tan clara en la comunidad que ha sido analizada, por tanto tampoco aparece en las discusiones del caso.

Como mencionamos en otro acápite de este artículo, la noción de derechos humanos tiene también una forma comunitaria, están pensados no contra el posible poder que pudiera manifestarse y de hecho se manifiesta al interior de la comunidad, sino que se plantean frente al Estado, o, a la sociedad mestiza, tal es así que cuando se habló de derechos humanos inmediatamente los entrevistados rememoran los logros alcanzados a partir de sus luchas y su resistencia frente a la discriminación que venía de los mestizos o del gobierno.

En este marco, para ellos, dentro de la comunidad es imposible que se violen derechos por parte de los miembros de la misma. Entendiendo la comunidad en sentido ampliado como “los indígenas” y no solo como la específica localidad de la que se trata.

En cuanto a la forma del ejercicio de la justicia indígena, tampoco parece existir conciencia de la violación de derechos humanos, pues nuevamente, como ya se dijo, la dignidad es algo que se alcanza a través de la lucha frente a la opresión. Hay que tomar en cuenta que incluso en estos casos es frente a la opresión que pudiera venir del Estado o los mestizos que ella se ac-

tiva. Es decir, nuevamente es el grupo, lo colectivo lo que dota de sentido a tal categoría.

Como se planteó en las páginas iniciales de este trabajo, el problema principal se sitúa en si pueden existir contenidos comunes a los derechos humanos en culturas diferentes. En el caso que nos ocupa podríamos afirmar que, si bien existen ciertos contenidos comunes como “no robar”, “no matar”, esos no son suficientes, pues la interpretación de cómo, cuándo y contra quién deben aplicarse pasa necesariamente por la relación jerarquizada de las culturas.

Este punto tiene serias implicancias, pues, se puede decir que en este juzgamiento no hubo o no se respetó el debido proceso, pero nos parece que eso no es lo medular, sobre todo porque no da pistas sobre la posible manera de concatenar las nociones clásicas de los derechos humanos con otras que vienen de interpretaciones interculturales. El juzgamiento como se recordará se hizo a dos jóvenes de una comunidad distinta, de otra comunidad, aunque también indígena, de todas formas el problema se da entre una comunidad (la afectada por el robo) frente a dos jóvenes que no eran de esa comunidad. Sin embargo, al ser las dos indígenas las posibles violaciones a los derechos humanos pasan desapercibidas, pues en la concepción de esta comunidad ellos solo pueden violarse o bien sea por el Estado, o bien sea por los mestizos.

Con respecto al caso hubo acciones no encaminadas a la “purificación” o restablecimiento de la armonía

perdida en la comunidad, principales objetivos de la sanción en la justicia indígena sí se llegó a vulnerar derechos humanos de los procesados, pues se puso en peligro su vida al utilizar electricidad y hacer que uno de ellos pierda la conciencia. Sin embargo, no puede dejarse de señalar que no toda la justicia indígena es respetuosa de los derechos humanos, así como tampoco siempre se violan los derechos. Pensamos que para contextos pluriculturales es necesario reforzar y ampliar una concepción de derechos humanos basada en la “racionalidad de la resistencia” pues la convivencia de varias culturas bajo un mismo Estado, generalmen-

te supone la imposición de una cultura sobre la otra. Sin embargo, esto no significa, bajo ninguna circunstancia, que el objetivo es cambiar culturas en la jerarquía, sino en palabras de Boaventura de Sousa recuperar el carácter emancipatorio del derecho. Además, parece una tarea ineludible enfatizar en la necesidad de llevar la preocupación por los derechos humanos a las acciones dentro de la propia comunidad, desde la perspectiva de su misma cultura. Creemos que esto es posible a partir de valores como la relacionalidad y la responsabilidad por el otro ya existentes en la “racionalidad andina”.

## BIBLIOGRAFÍA

- Baltazar Yucailla, Rosa. 2009. "La Justicia indígena en el Ecuador" en Espinosa, Carlos y Caicedo Danilo (Comp.). *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bobbio, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema.
- Castro Cid De, Benito. 1989. "El fundamento de los derechos humanos. Reflexiones Incidentales", en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate.
- Chisaguano, Silverio. 2006. *La población indígena en el Ecuador*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.
- Ferrajoli, Luigi. 2002. *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza.
- Gimbernat, José. 1989. "Consideraciones histórico-argumentativas para la fundamentación ética de los Derechos Humanos", en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate.
- Grijalva, Agustín. 2009. "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008" en Espinosa, Carlos y Caicedo Danilo (Comp.). *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Guerrero, Andrés. 1994. "Una imagen ventrilocua". El discurso liberal de la <desgraciada raza indígena> a fines del siglo XIX" en Muratorio Blanca (Ed). *Imágenes e imagineros. Representaciones de los Indígenas ecuatorianos, siglos XIX y XX*. Quito: Flacso.
- Guisán, Esperanza. 1989. "Una justificación utilitarista de los Derechos Humanos" en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*. Madrid, Editorial Debate.
- Esterman, Josef. 1998. *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito: Abya Yala.
- Llasag, Raúl. 2009. "La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad" en Andrade, Santiago, et. al., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*., Quito: ASB.
- Lévinas, Emmanuel. 1993. *El tiempo y el otro*. Barcelona: Paidós-ICE-UAB.
- Lé+vinas, Emmanuel. 2001. *Entre nosotros. Ensayos para pensar e otros*. Valencia: Pre-textos.
- Peces Barba, Gregorio. 1989. "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho", en Muguerza Javier y otros. *El fundamento de los Derechos humanos*, Madrid: Editorial Debate.
- Piovensan, Flavia. *Direitos Humanos e Justicia Internacional*. Sao Paulo: Editora Saraiva
- Porras, Angélica. "La noción de Derechos Humanos en los pueblos indígenas del Ecuador. Una introducción a los problemas interculturales del Derecho" en [www.revistapersona.com.ar/Persona90/90Persona1.htm](http://www.revistapersona.com.ar/Persona90/90Persona1.htm) (recuperado 7/09/2017)
- Trujillo, Julio César. 2009. "El Ecuador como Estado plurinacional" en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Comp.): *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Quito: Abya Yala.
- Trujillo, Julio César. 2013. *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: UASB.
- Vega, Nina Pacari. 2009. "Naturaleza y Territorio dese la mirada de los pueblos indígenas" en Acosta, Alberto, et. al. *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Abya Yala.

Villoro, Luis. “Sobre relativismo cultural y universalismo ético. En torno a ideas de Ernesto Garzón Valdez” en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-relativismo-cultural-y-universalismo-etico-en-torno-a-ideas-de-ernesto-garzn->, (visitado 26/12/2016)

Walsh, Catherine. 2009. “Estado plurinacional e interculturalidad” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Comp.): *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*. Quito: Abya Yala.

Walsh, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad. Las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, No. 9, julio-diciembre 2008, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600909>, (visitado 26/12/2016)