

JUSTICIA INDÍGENA
Aportes para un debate

Judith Salgado, compiladora

JUSTICIA INDÍGENA

Aportes para un debate





JUSTICIA INDÍGENA. Aportes para un debate

Judith Salgado, compiladora

Ira Edición: Ediciones Abya-Yala
Av. 12 de octubre 14-30 y Wilson
Telfs. (593 2) 2 562-633 / (593 2) 2 506-267
Fax: (593-2) 506-255 / (593 2) 2 506-267
Casilla 17-12-719
E-mail: editorial@abyayala.org
<http://www.abyayala.org>

Universidad Andina Simón Bolívar
Toledo N22-80
Teléfonos: (593-2) 255 6405, 250 8150
Fax: (593-2) 250 8156
Apartado postal: 17-12-569
Quito, Ecuador
E-mail: uasb@uasb.edu.ec
<http://www.uasb.edu.ec>

Coordinación editorial: Quinche Ortiz Crespo

Diseño de portada: Raúl Yépez

Autoedición: Ediciones Abya-Yala
Quito, Ecuador

ISBN Andina: 9978-19-041-4

ISBN Abya-Yala: 9978-22-426-2

Impresión: Producciones digitales Abya-Yala
Quito, Ecuador

Impreso en Quito, Ecuador, Julio del 2002

Los aportes publicados en este libro, de responsabilidad exclusiva de sus autores, son producto del debate generado por el *Proyecto de Capacitación en Derechos Colectivos y Justicia Indígena*, ejecutado por el Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, apoyado por las comisiones de Derechos Humanos y Asuntos Indígenas del H. Congreso Nacional del Ecuador.

Este proyecto y la presente publicación han sido posibles gracias al apoyo de la Embajada Real de los Países Bajos.

CONTENIDO

Presentación	7
<i>Ximena Ortiz Crespo</i>	
Cultura e interculturalidad	15
<i>Claudio Malo González</i>	
Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico	23
<i>Catherine Walsh</i>	
Pluriculturalidad e interculturalidad en el Ecuador: el reconocimiento constitucional de la justicia indígena	37
<i>Gaitán Villavicencio Loor</i>	
Acerca de la cultura y la justicia indígena	49
<i>Roque Espinosa</i>	
Justicia y derecho en la administración de justicia indígena	69
<i>Galo Galarza Paz</i>	
Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida	83
<i>Nina Pacari</i>	
Administración de justicia indígena	91
<i>Julio César Trujillo</i>	
El derecho ecuatoriano y el aporte indígena	105
<i>Enrique Ayala Mora</i>	
Derechos colectivos y administración de justicia indígena	125
<i>Raúl Llasag Fernández</i>	

Aportes al debate sobre justicia indígena: observaciones y sugerencias al anteproyecto de “Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”	137
<i>Santiago Andrade Ubidia</i>	
Propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador	157
<i>Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara</i>	

PRESENTACIÓN

Toda sociedad es una creación de un grupo humano que se esfuerza por mantener un orden interno, a través de la cohesión y la armonía y —debe hacerlo—, porque, como creación humana que es, es falible y frágil. Para ello, crea normas a las que se deben adherir sus miembros. Esas normas, escritas o no, forman un sistema cultural de estímulo o castigo, que emplea la fuerza misma de la sociedad organizada para prevenir, corregir o sancionar la desviación a dichas normas. Así, los individuos de una sociedad son inducidos a actuar, dentro de ciertos parámetros de comportamiento, ya sea que crean en los valores de su sociedad o deban ser constreñidos a proceder de una manera determinada. El derecho es, entonces, un aspecto del sistema de control social que es parte implícita de toda cultura.

En el Ecuador, el pensamiento jurídico ha tenido una concepción rígida que se ha mantenido por centurias: se ha pensado desde siempre en la ley de una manera limitada, un invento de civilizaciones avanzadas, constituida por códigos escritos y casuística. El “imperio de la ley” consistía en reglas elegantes y concordantes; en una doctrina formal, levantada sobre una maquinaria de arrestos, juicios, amanuenses, policía, cortes, multas, detenciones y cárceles. Por lo mismo, se asumía que aquellos grupos humanos que no tenían escritura, códigos legales formales, policías, jueces, cortes e instituciones penales, ni tenían derecho ni eran civilizados.

Esa forma de ver las cosas pretendía oscurecer una realidad evidente: la existencia de sistemas jurídicos vigentes dentro de las sociedades indígenas que el Estado jamás logró incorporar. Dichas sociedades siguen ejerciendo su propia forma de resolución de conflictos, en ocasiones en clara contraposición a la justicia oficial.

Esa contraposición y la inequidad con que el sistema oficial ha tratado a los ciudadanos indígenas, ha amenazado el ejercicio de la justicia en nuestro país. “La justicia es solamente para los de poncho” es una alusión popular al hecho de que generalmente el sistema oficial ha fallado en contra de los indígenas. El que las cárceles ecuatorianas estén llenas de indígenas (y negros), no es casual.

Para los indígenas, el sistema jurídico oficial no funciona, y está lejos geográfica y culturalmente. Los funcionarios y abogados son vistos como injustos, corruptos y racistas, ignorantes de la vida y la realidad de los comuneros; los procedimientos como caros, lentos, engorrosos, burocráticos, llenos de escritos en una lengua que ellos ni leen ni acaban de entender. “La lengua constituye un óbice evidente a la hora de emprender un proceso judicial: si el indígena no domina –o al menos conoce– el castellano, el entendimiento con las autoridades y funcionarios judiciales va a resultar prácticamente imposible, así como la comprensión de los términos en los que se desarrollará el procedimiento”.¹

La consecuencia de este hecho es que los indígenas hayan mantenido su propia forma de ejercer justicia.

EL DERECHO CONSUECUDINARIO

El derecho consuetudinario ha sido estudiado profundamente, ya por muchos años, por la antropología jurídica. Sobretudo, por los mismos juristas que encuentran en su diario trajinar, desajustes y, frecuentemente, coincidencias, con las autoridades indígenas.

Un clásico en la antropología jurídica, Bronislaw Malinowski, se refiere al mantenimiento del orden social: “Las reglas jurídicas... no están sancionadas por mera razón psicológica, sino por una definida maquinaria social de poderosa fuerza obligatoria que, como sabemos, está basada en la dependencia mutua y se expresa en un sistema equivalente de servicios recíprocos lo mismo que en la combinación de tales derechos con lazos de relación múltiple”.²

La violación de una costumbre conocida y compartida por el grupo tiene su sanción, que es considerada por todos como un mecanismo de control que permite establecer la armonía interna del grupo. De esta manera, las co-

comunidades indígenas, como cualquier comunidad en el mundo, poseen costumbres peculiares y las cumplen.

Los procesos en la administración de justicia indígena están repletos de rasgos de mediación y conciliación y, a través de las sanciones que se imponen, se trata de alcanzar la purificación del individuo, su rehabilitación y reincorporación para ser aceptado en su comunidad. Es un sistema que acoge al infractor y no lo expulsa.

Pese a estas ventajas, desde la visión etnocentrista de nuestro sistema jurídico no se reconoce mérito a la justicia indígena porque no se elaboran juicios de valor en los que se medite sobre la estructura de los procesos ordinarios, la parcialidad de las decisiones y el destino de los reos que viven en cárceles hacinadas, sin alimentación, sin servicios básicos, sin educación, sufriendo violaciones constantes a la integridad física y psicológica, y sin rehabilitación.

Se debe tener plena conciencia que el sistema de justicia *ordinario* y el sistema de justicia indígena han coexistido por más de 500 años. Por lo tanto, al disponer la Constitución el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, estableció de hecho la vigencia de un pluralismo jurídico, es decir la existencia de varias formas de administrar justicia. La Constitución dispone, además, que estos derechos sean normados a través de leyes secundarias.

Por éstas y otras razones, el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y varias organizaciones indígenas trabajaron en un Anteproyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena, que reúne las aspiraciones legítimas de los pueblos indígenas en torno a esta materia, pero que todavía debe recorrer un camino de perfeccionamiento.

Con el objeto de continuar este trabajo y de hacerlo conocer a la sociedad ecuatoriana, generando un proceso de diálogo, solicité, a nombre de la Comisión de Derechos Humanos del H. Congreso Nacional, de la que soy miembro, a la Universidad Andina elaborar un proyecto que tuviera por fin el crear un espacio para impulsar el conocimiento y el debate académico sobre el ejercicio de la justicia por parte de la autoridad indígena. Este proyecto estuvo dirigido a legisladores, líderes de opinión pública y comunicadores sociales. Así, el Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar desarrolló y ejecutó el *Proyecto de Capacitación en Derechos Colectivos y Justicia Indígena*.

El auspicio de la Agencia de Cooperación Técnica Holandesa, a través de la Embajada Real de los Países Bajos, hizo posible que se realice este proyecto.

El espacio construido para el diálogo logró reunir el conocimiento sobre derecho consuetudinario y los criterios de relevantes figuras expertas en el tema. Al mismo tiempo, recopiló las opiniones de un público selecto para el perfeccionamiento del Anteproyecto de Ley de Justicia Indígena que, una vez pulido y aprobado, materializará un derecho de los pueblos indígenas y sentará el desarrollo de una justicia más ágil, y de mejor aplicación, pues responderá a nuestras raíces andinas.

ALGUNOS APORTES DEL PROYECTO

Los talleres del *Proyecto de Capacitación en Derechos Colectivos y Justicia Indígena* se llevaron a cabo en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, y tuvieron la participación de connotados expositores. Catherine Walsh, Claudio Malo y Gaitán Villavicencio hablaron sobre pluriculturalidad e interculturalidad; Julio César Trujillo, Raúl Llasag y Nina Pacari, sobre derechos colectivos, administración de justicia indígena y la propuesta de ley; Galo Galarza, sobre compatibilización de los sistemas de justicia; Enrique Ayala, sobre el aporte indígena al derecho ecuatoriano. Además, participaron Luis Macas, Galo Ramón, Gilberto Talahua, Ramiro Larrea y Ernesto Albán como comentaristas.

Las exposiciones pusieron de manifiesto que cualquier aproximación al sistema de justicia indígena debe tomar en cuenta los siguientes factores:

1. Un Estado pluricultural comprende la coexistencia de muchas culturas. No se trata de homologar lo diferente dentro de la matriz, se trata más bien de enriquecer esa matriz reconociendo la existencia de culturas diferentes. Este es un proceso social, no jurídico, pues las leyes no pueden materializar la interculturalidad aunque sí pueden reconocerla.

La compatibilización en materia de justicia debe traducirse en una interpretación intercultural de los hechos y del derecho en los procesos. La visión del sistema mestizo hacia el sistema indígena debe cambiar, valorando los factores positivos que ésta tiene.

2. Se deben descartar discusiones sobre la validez jurídica del sistema indígena, sobre su eficacia y legitimidad. El derecho indígena tiene rasgos que definen a cualquier sistema jurídico, como son los de jurisdicción y competencia, que se ejerce primeramente en razón de las personas y subsidiariamente en razón del territorio, no debe aplicarse por cuantías, ni por materia porque esto no responde a la realidad. Es un sistema en el que las autoridades reciben la noticia de los hechos, los juzgan y tienen poder para ejecutar sus resoluciones. Por lo tanto, es un sistema válido, eficaz y legítimo.
3. El derecho indígena es dinámico, está en constante movimiento, es colectivo, justo e intercultural pues ha incorporado normas mestizas. El sistema podría mejorarse, desde el punto de vista de la justicia, elevándose sobre las emociones colectivas, los lazos familiares y compadrazgos.
4. Compatibilizar no significa superponer, significa armonizar, no hacer un derecho más especial que otro; esto quiere decir que no pueden crearse ámbitos de exclusión y aislamiento. En ese sentido el anteproyecto debe revisarse.

MIS PROPIOS PUNTOS DE VISTA

El Congreso Nacional, cuando emita la ley que compatibilice el sistema indígena de administración de justicia con el ordinario, debe ser extremadamente cuidadoso en cumplir los mandatos de la Constitución ecuatoriana, especialmente aquellos que protegen los derechos civiles, y aquí me refiero en especial a los artículos 23 y 24 que garantizan a las personas los derechos a la inviolabilidad de la vida, a la integridad personal, a la igualdad ante la ley, a la libertad, a la honra, a la propiedad, a la seguridad jurídica y al debido proceso.

Con frecuencia, pueblos y comunidades indígenas, condenan a los culpables al cepo, a la confiscación de bienes, a multas cuantiosas, al látigo, a la ortiga, a los baños de agua helada. Algunos pueblos de la Amazonía ecuatoriana y de otras regiones del país castigan con la pena de muerte.³ Estas prácticas van totalmente en contra de los preceptos constitucionales y resultan imposibles de aceptar. Todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física o psicológica está estrictamente prohibido en nuestra Ley Fundamental, por lo mismo es imposible poder compatibilizar estas formas de derecho consuetudinario con el deber del Estado. Encuentro aquí uno de

los escollos más graves para que el Congreso apruebe el anteproyecto formulado por las organizaciones indígenas con el apoyo de la Universidad Andina.

Por otro lado, los métodos para infundir temor al sospechoso antes de iniciar un proceso en su contra y comprobar la existencia real de una falta⁴ son prácticas completamente contrarias a las garantías del debido proceso.

Otro tema que preocupa y que debe incluirse en una Ley de Justicia Indígena, con prioridad, es la a la igualdad ante la ley, derecho que protege a las mujeres según nuestra Constitución. Algunas mujeres indígenas manifiestan su preocupación respecto al hecho de que las autoridades indígenas, por lo general, son varones. A pesar de que las mujeres actúan como mediadoras en sus comunidades, resuelven conflictos dentro de la familia y de los miembros de la familia en la comunidad, la comunidad no reconoce esta actuación y el derecho consuetudinario no las impulsa para ser elegidas como autoridades.⁵ La costumbre se mantiene, en mucho, por la falta de instrucción formal y la falta de conocimiento del idioma español por parte de las mujeres indígenas. Por ello, con frecuencia son discriminadas, especialmente en los casos de violencia intrafamiliar. Esta violencia, que no solo afecta a la mujer, sino a los niños y niñas, física y psicológicamente, en mucho se debe a los altos índices de alcoholismo de la población. Las mujeres y los niños siguen siendo víctimas silenciosas de una costumbre que no es juzgada –por la mayoría de autoridades– como un atentado a los derechos humanos y un delito esencialmente punible en la justicia ordinaria.

La discriminación contra la mujer indígena se muestra también en la costumbre de multar al varón en caso de violación, lo mismo que cuando éste ha dejado a una muchacha embarazada y hay un niño como fruto de esa unión. El castigo, a mi modo de ver, no es proporcional a la falta, y lo que es más grave, deja sin solución el problema respecto a la manutención del menor para el resto de su vida. Así, miles de niños ingresan a la vida sin la protección de su padre.

El pedido de las propias mujeres indígenas que me han visitado es que el tratamiento de la violencia intrafamiliar sea punible de oficio, y que una ley que regule el tratamiento de la justicia indígena debe contener este mandato.

Se podría tomar como ejemplo la experiencia de Venezuela y Perú, en donde las resoluciones de los jueces de paz y comunitarios, capacitados, han

impuesto el respeto a los derechos del género y están cambiando los valores de las comunidades, principalmente indígenas y rurales de aquellos países.⁶

El anteproyecto debe enriquecerse también en lo que se refiere a interculturalidad. El pueblo quichua es, sin duda alguna, el que ha impulsado con más vigor la elaboración de una normativa que compatibilice los sistemas de justicia, pero la construcción de esta normativa no ha sido consultada suficientemente, a mi entender, con los indígenas amazónicos, cuyo derecho consuetudinario es enormemente diferente. Se trata de una sociedad ancestralmente basada en la guerra, en la cual los *shamanes* son personajes de gran importancia en su organización social. El poder de los *shamanes* es considerado, a la vez, eficiente y temible, sus riñas provocan que se pierda la armonía en las comunidades.⁷

Una Ley de Justicia Indígena debe tomar en cuenta el derecho consuetudinario, que se ejerce en cada pueblo con concepciones distintas, con autoridades distintas, procesos distintos, delitos y penas distintas. Esto quiere decir, que debe enfrentarse el desafío de no constituir un sistema monocultural de administración de justicia indígena. Al mismo tiempo, se debe mantener la unidad nacional en materias como las tratadas en los puntos anteriores. Deben crearse relaciones interjudiciales, no solo para delimitar la jurisdicción, sino para que se creen verdaderos lazos de trabajo conjunto entre dichos sistemas y el sistema jurídico nacional. Es necesario emitir una ley que incorpore los rasgos beneficiosos del sistema indígena como el carácter oral, directo y público de los juicios, la agilidad y eficiencia en la resolución de conflictos, el efecto de reconciliación y el trabajo comunitario como pena. Por cierto que se trata de una tarea compleja.

La situación de escasez de justicia que vive la población pobre de nuestro país, incluyendo la indígena, por la complejidad de los trámites, su tiempo, el lenguaje desconocido y la tendencia racista de las resoluciones judiciales, exige con urgencia que se consideren los factores positivos de la justicia indígena de tal manera que se apruebe la ley necesaria para compatibilizar este sistema con el sistema ordinario, utilizando los parámetros mínimos arriba detallados.

A continuación, los lectores podrán nutrirse de las intervenciones de los expertos en la materia, quienes participaron generosamente en este espacio y a quienes, los organizadores, las Comisiones de Derechos Humanos y de

Asuntos Indígenas y otras Etnias del H. Congreso Nacional y la Universidad Andina Simón Bolívar, agradecemos profundamente por su apoyo a la construcción democrática de un Ecuador en el cual diversidad y unidad sean sinónimo.

Aprovecho la oportunidad para presentar mi agradecimiento personal, al Embajador de los Países Bajos, Señor Maarten van der Gaag, él mismo, defensor de los derechos humanos y del respeto a las culturas diversas en el Ecuador.

Ximena Ortiz Crespo
Diputada de la República
Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del H. Congreso Nacional
Quito, 3 de junio del 2002

Notas

- 1 Saltos, Vanessa. "Acceso al sistema de administración de justicia estatal". *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. Ed. Fernando García. Quito, RISPGRAF, 2002.
- 2 Citado en García, Fernando. *Op. cit.*, p. 28.
- 3 "Otro Caso de Justicia Comunitaria". *El Comercio* (Quito), 15 de mayo del 2002. "Justicia indígena en siglo XXI". *El Expreso* (Guayaquil), 8 de mayo del 2002.
- 4 García, Fernando. *Op. cit.*, p. 33, 40.
- 5 *Ibid.*, pp. 49-51.
- 6 Conferencias, Primer Seminario Regional de la Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria. Quito, 16 de mayo del 2002.
- 7 Ver caso en *op. cit.*, p. 46.

CULTURA E INTERCULTURALIDAD

*Claudio Malo González**

LA CULTURA COMO CREACIÓN COLECTIVA DE UNA COMUNIDAD

La Constitución ecuatoriana vigente, en su primer artículo, declara que el Ecuador es un país pluricultural y multiétnico. En los artículos 83, 84 y 85, que se refieren a los derechos colectivos, se amplían estas declaraciones. El inciso tres del artículo 191 dice “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 sus leyes. La ley hará compatible aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”. Estas declaraciones han dado lugar a controversias y diferencias de criterios, debido en parte a que en el gran público no hay suficiente claridad sobre conceptos básicos como cultura y sus derivados: aculturación, interculturalidad, etc.

Las mentadas declaraciones constitucionales nada inventan, trasladan a la Carta Magna hechos y situaciones propios de nuestra realidad que en el pasado, si bien conocidos e interpretados antojadizamente por los que controlaban el poder político, no “merecieron” constar en la Constitución.

Quizás como un resultado del proceso de globalización, una de cuyas causas y consecuencias es el espectacular avance de las técnicas de comunicación, conceptos como etnia y nación provenientes de cultura en el sentido antropológico del término, han logrado especial interés no solo en los cenácu-

* Doctor en Filosofía con estudios de posgrado en antropología cultural. Profesor de sociología, antropología y problemas de América Latina en universidades de Cuenca. Representante a la Asamblea Nacional Constituyente (1997-98). Actualmente Director del Centro Interamericano de Artesanías y Artes Populares.

los académicos, sino en el gran público. Thomas Hylland Eriksen, en su obra *Etnicity & Nationalism* escrita hace diez años afirma:

Palabras como grupos étnicos, etnicidad y conflictos étnicos se han tornado comunes en el idioma y se usan con frecuencia en la prensa, noticias de televisión, programas políticos y conversaciones informales. Lo mismo puede decirse de nación y nacionalismo. Debemos admitir que los significados de estos términos con frecuencia son ambiguos y vagos.

Ha habido un desarrollo paralelo en las Ciencias Sociales. Durante los años ochenta y lo que llevamos de los noventa, hemos sido testigos de una explosión de investigaciones y publicaciones sobre etnicidad y nacionalismo, particularmente en las áreas de ciencias políticas, historia, sociología y antropología cultural.

Las sociedades y las culturas no son estáticas, si ellas cambian, cambian también los sentidos que se dan a las palabras usadas, pues el lenguaje es el sistema de comunicación por excelencia. El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* en su edición de 1980 define a **cultura** como “*Resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos y de afincarse por medio del ejercicio de las facultades intelectuales del hombre*”. En su edición del año 2001, añade otra acepción: “*Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo determinado*” y añade **cultura popular** como “*Conjunto de manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo*”.

Un diccionario, más aún si es considerado como el “oficial” de nuestro idioma, se supone que recoge los sentidos que las mayorías de habitantes hispanohablantes dan a las palabras. En solo veinte años un nuevo sentido de cultura –el que tiene en las declaraciones constitucionales mencionadas– ha logrado aceptación en amplios sectores ciudadanos. Pretendo en esta intervención esforzarme por esclarecer el significado de estas palabras y otras a ellas vinculadas, dentro del contexto de la realidad de nuestro país a la que pretende reconocer nuestra Constitución.

La palabra cultura puede usarse con significados diferentes dependiendo de las circunstancias y ocasiones; en nuestros días predominan dos orientaciones básicas: una que tiene que ver con “cultivo” y desarrollo de facultades y otra con componentes no transmitidos genéticamente que dan a un conglomerado humano una característica que la distingue de otras similares y que se denomina identidad. La coexistencia de estas dos orientaciones, la falta de

precisión en su uso, la mezcla poco afortunada de conceptos y connotaciones, contribuyen en buena medida a que, al abordar los temas a los que hacen referencia, se generen desacuerdos y polémicas que, más que de la realidad en sí, depende de las diferentes interpretaciones que –a veces de buena fe, a veces maliciosamente– se den a las palabras.

No es posible que se use una palabra diferente para cada uno de los ámbitos a los que, en este caso, abarca el término cultura, pero si es factible que se tenga el cuidado suficiente para explicar el significado que se quiere dar en cada ocasión o que haya buena fe para interpretar los términos de acuerdo con los correspondientes contextos de las publicaciones y de las realidades.

Carmel Camilleri, en su obra *Antropología cultural y educación*, escribió:

Hay un significado mucho más antiguo y común en el cual piensa la mayoría de las personas cuando se pronuncia la palabra cultura: como atributo del hombre “cultivado”. Este último es reputado por dominar los saberes que le permiten ir más lejos en el conocimiento de todos los aspectos de lo real, así como los métodos y equipamientos mentales que le permiten multiplicar y profundizar esta ciencia. Por otra parte, se le atribuyen posibilidades del mismo orden en el campo de lo imaginario en donde llega a ser capaz, por ejemplo, de comprender y gustar formas de arte inaccesibles a otros, así como de crear él mismo otras nuevas. Este tipo de cultura abarca un cuerpo de informaciones y de valores privilegiados por el grupo a los cuales el individuo accede gracias a un sistema de aprendizaje particular que le da además el poder de enriquecerlos.

Dotado como está de siquismo superior, el ser humano organiza su comportamiento mediante una serie de ideas, creencias, normas de conducta y tecnologías por él creadas, a diferencia de los animales en cuya conducta predomina el instinto. Estas creaciones humanas se denomina cultura y la disciplina científica que las estudia Antropología Cultural. Dentro de este contexto no cabe el término “inculto” pues, por el hecho de pertenecer a la especie humana, las personas forman parte de alguna cultura. Lo que si es evidente es que las culturas son diferentes en los múltiples espacios de nuestro planeta sin que sea legítimo hablar de culturas superiores e inferiores, pues cada una tiene sus propios sistemas de valores para juzgar lo que es bueno o malo, positivo o negativo, honroso o deshonroso. Una definición de cultura, dentro de esta orientación antropológica, que satisfaga a todos, es casi imposible. Clyde Kluckhohn y Alfred Kroeber registraron más de ciento sesenta defini-

ciones de cultura propuestas entre 1871 –cuando Edward Tylor hizo la primera– y 1950.

Con la intención de lograr una mayor claridad de este término, analizaré brevemente la del antropólogo senegalés Amadou Mahtar M’Bow que fue Director de la UNESCO durante veinte años:

Cultura es a la vez aquello que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa creación; lo que ha producido en todos los dominios donde ejerce su creatividad y el conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, han llegado a modelar su identidad y a distinguirla de otras.

La cultura no nace con el hombre, es una creación de él, pero no en términos individuales sino mediante la acción colectiva de una comunidad. Es posible que personas puedan en forma independiente, en un momento dado, producir un cambio importante, pero ese cambio solo será parte de la cultura si es que es aceptado por la colectividad.

La humanidad no es igual en todas partes, al margen de variaciones raciales que en sí mismas son secundarias, las comunidades se diferencian entre sí por el factor cultura. En este sentido, si bien es correcto hablar de cultura como algo propio del ser humano, es quizás más adecuado hablar de culturas en el sentido de que las múltiples colectividades se diferencian entre sí por este complejo elemento. Los grupos humanos deben dar respuestas apropiadas a las peculiaridades de los entornos físicos. Lo que han hecho a lo largo de los siglos los esquimales para subsistir en el Polo Norte y sus cercanías, es sorprendente y admirable, pero nada útil para las etnias de la Amazonía que deben hacer frente a entornos diferentes. Pero este factor no es el único que incide en la diversidad cultural. En ecosistemas iguales o similares se han desarrollado culturas diferentes, existiendo rasgos o complejos independientes de los condicionamientos de la naturaleza como los idiomas. En la Amazonía podemos encontrar una gran variedad de lenguas correspondientes a etnias distintas. Algo parecido ocurre con la organización familiar, la magia, la religión, etc.

La creatividad humana se proyecta hacia horizontes amplios, sea para modificar el entorno, sea para regular las relaciones que la vida en comunidad requiere o para incursionar en ámbitos de lo no perceptible. El ser humano nace con una serie de características biológicas definidas que no forman par-

te de la cultura aunque sirven de base para desarrollar rasgos y complejos culturales. El ser humano no nace hablando ningún idioma, pero sí con características cerebrales y bucales que le permiten aprender idiomas ya creados o crear nuevos. A diferencia de las aves no tiene condiciones anatómicas para volar, pero ha podido crear artefactos que superan estas limitaciones.

En la Antropología Cultural tradicional se distinguía entre cultura material y no material, o espiritual. A la primera pertenecen los artefactos hechos por el ser humano partiendo de elementos materiales que han sido objeto de complicadas modificaciones: herramientas, recipientes, vestido, alimento, transporte, vivienda, armas, adornos, etc. A la segunda, sistemas de ideas, creencias y normas de conducta que regulan el comportamiento humano: organización económica, organización política, familia, parentesco, lenguaje, ciencias, religiones, normas morales, etc.

Esta división es válida para lograr una mejor comprensión de las culturas sin perder de vista la relación muy cercana que puede darse entre las dos áreas. La religión está en el ámbito de lo no material; objetos para rituales, edificaciones para culto, en el de lo material, pero la relación es muy estrecha y estos objetos se incorporan al área de lo sagrado que transforma lo material en no material en lo que tiene que ver con las actitudes y formas de conducta de los integrantes de la cultura correspondiente.

Las culturas no aparecen de manera inmediata, se estructuran y conforman a lo largo del tiempo, es decir requieren un proceso, esto es una secuencia de acontecimientos y fenómenos interrelacionados entre sí con algún nivel de coherencia, sin descartar la intervención del azar. En toda cultura podemos hablar de una lógica interna y para comprenderla debemos recurrir a ella. La no comprensión y el rechazo a una cultura diferente se debe, en gran medida, a que tratamos de interpretar sus manifestaciones recurriendo a la lógica de la cultura de la que formamos parte y en la que nos hemos desarrollado. Toda cultura tiene su identidad ya que se desarrolla de manera diferente, aunque existan contenidos similares con otras, pero son estas diferencias las que hacen que cada cultura sea otra con relación a las demás. Identidad cultural la podríamos entender como el conjunto de rasgos que dan el tono peculiar y característico a una cultura constituyéndola como una unidad diferente.

RELACIONES Y CAMBIOS DE LAS CULTURAS

Muchas son las culturas y, en mayor o menor grado, todas son dinámicas en la medida en que cambian con el tiempo. Las culturas no son, a la manera de las mónadas de Leibnitz, compartimentos aislados absolutamente autónomos. Se relacionan entre sí en mayor o menor medida según la cercanía o lejanía en que se encuentren, si bien es cierto que con el gigantesco desarrollo de los medios de comunicación iniciado en el siglo XIX y acrecentado enormemente en el XX, sobre todo en su segunda mitad, la posibilidad de conocer a cerca de otras culturas es cada vez mayor. Hay cambios endógenos que se gestan y perfeccionan desde el interior de cada cultura, pero la mayor parte de estas innovaciones procede del contacto con otras. Este fenómeno de interrelación entre culturas diferentes ha dado lugar a una serie de términos también ambiguos y vagos, sujetos a diferentes interpretaciones, como aculturación, transculturación, interculturalidad, entre otros.

Cuando dos culturas están en contacto permanente, se da el fenómeno de aculturación consistente en el intercambio de rasgos; cada una incorpora elementos de la otra cultura dando lugar a modificaciones, pudiendo luego de algún tiempo surgir una tercera integrada por una síntesis equilibrada de las dos, lo que algunos denominan mestizaje cultural. Si se dan diferencias de grado importantes entre las culturas en contacto en áreas como la tecnología que hacen que una de ellas controle con más facilidad el poder político y económico, el proceso de aculturación es asimétrico produciéndose una mayor incorporación de rasgos de la fuerte en la débil. La cultura tecnológicamente más avanzada tiende a convertirse en dominante por muchas razones, entre otras porque, al aplicar las ventajas tecnológicas a la guerra, logra culminar la conquista y establecer su dominio sobre la derrotada. El elemento hegemonía suele acompañar a la dominante entendido como la creencia que se trata de la única cultura correcta que tiene que expandirse por todos los ámbitos posibles.

En el caso de América hispana, especialmente en regiones en las que se habían desarrollado sólidas e importantes culturas indígenas, se dio una aculturación asimétrica en la que la cultura dominante española logró imponer un muy alto porcentaje de sus rasgos a los grupos indígenas que fueron dominados y casi a la totalidad de los mestizos que se incorporaron a la cultura dominada. El idioma y la religión son componentes especialmente importantes en una cultura, y los que vinieron de España se impusieron en los estados

globales. No han desaparecido todas las lenguas que hablaban los habitantes de América antes de la llegada de los europeos pero –quizás excepto el caso de Paraguay– se mantienen utilizadas por grupos minoritarios en los ámbitos doméstico y comunitario.

En el caso del Ecuador, es evidente que se trata de un país pluricultural, esto es que existen en este pequeño espacio territorial varias culturas. Frente a la blanco-mestiza hegemónica y dominante coexisten varias culturas indígenas sobre todo en la Sierra y la Amazonía siendo la mayor la quichua. El trato desigual de la dominante a las dominadas ha sido extremo e injusto, dándose por mucho tiempo por sentado que esa era una situación normal, si bien no han faltado protestas y condenas que se iniciaron con los frailes Antonio de Montesinos y Bartolomé de las Casas.

UNIFORMACIÓN CULTURAL FRENTE A INTERCULTURALIDAD

No tiene este trabajo por objeto realizar un análisis de la problemática de las relaciones entre las culturas blanco-mestiza e indígenas a lo largo de la historia. Avances que se han dado en muchos sectores del mundo conocidos como globalización, que según algunos aspira a una uniformación cultural en el planeta, han generado también planteamientos y actitudes que buscan reconocer y aceptar las diferentes culturas como algo enriquecedor para la especie humana y a considerar que en nuestro planeta deben subsistir todas ellas en un plano de igualdad y respeto, entendidos como la eliminación de prejuicios y discriminaciones por parte de los poderosos frente a los débiles.

En la Constitución vigente por primera vez se reconocen una serie de hechos y derechos que responden a la realidad con respecto a las culturas indígenas y a las afroamericanas, pero de un mero reconocimiento legal a prácticas sociales hay distancias. La palabra interculturalidad de alguna manera responde a esta meta: coexistencia en el Estado de las diversas culturas con espacios jurídicos y políticos suficientes para que todas mantengan sus peculiaridades e identidades sin que, en las tradicionalmente dominadas, continúe una situación de desventaja con relación a la blanco-mestiza.

La interculturalidad no puede limitarse a reconocimiento, respeto y eliminación de discriminaciones; la interculturalidad implica un proceso de intercambio y comunicación, partiendo de los patrones estructuradores de cada cultura, superando el prepotente prejuicio de que la verdad es patrimonio

22 *Claudio Malo González*

de tal o cual cultura y que, como poseedora, tiene la “carga” de transmitirla a las otras.

Acercarnos a esta meta supone realizar cambios en el aparato jurídico del Estado, superar dogmatismos y buscar un país diverso pero armónico en el que fluyan las riquezas espirituales de las diversas culturas para enriquecer al ser humano que vive en este país aceptando que la diversidad es positiva pues refleja la multidimensionalidad del ser humano.

INTERCULTURALIDAD, REFORMAS CONSTITUCIONALES Y PLURALISMO JURÍDICO

*Catherine Walsh**

En un artículo reciente, Galo Ramón (2000) pregunta si es posible la interculturalidad en el Ecuador, interrogante que me parece central. Pero ¿qué mismo entendemos por interculturalidad? ¿Cómo se diferencia con el multi o pluriculturalismo y cuáles son las implicaciones de esta diferencia para el campo jurídico? ¿Existe una diferencia entre la pluralidad jurídica y la interculturalidad? ¿Hay como pensar una posible convergencia intercultural jurídica? Y ¿para qué?, es decir, ¿con qué fines?

Con las reformas constitucionales que responsabilizan al Estado del impulso y la promoción de la interculturalidad y que otorgan una serie de derechos colectivos a las nacionalidades y pueblos indígenas y a los pueblos afroecuatorianos, se abren posibilidades no solamente para responder a las demandas indígenas y negras sino también para construir un nuevo proyecto intercultural y democrático enfocado hacia la transformación de las relaciones, estructuras e instituciones para la sociedad en su conjunto. Es esto último lo que representa el real desafío.

Esta ponencia pretende analizar desde una perspectiva crítica, las posibilidades y los desafíos tanto de la interculturalidad como del pluralismo jurídico frente a las reformas constitucionales, los derechos colectivos y la propuesta de ley sobre la administración de justicia indígena. Su objetivo central es hacer ver tanto la importancia del tema jurídico para la convivencia social como también ver por qué las leyes en sí mismas nunca son suficientes.

* Doctora en Educación, profesora y directora del Doctorado en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Coordinadora del Taller Intercultural de ésta universidad.

1. PLURICULTURALISMO Y LAS NUEVAS POLÍTICAS DE RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN

Tanto en el Ecuador como en otros países de América Latina y del mundo, existe una nueva coyuntura política en la cual la *multi-pluri-inter-culturalidad* está ganado espacio y legitimidad. Esta nueva coyuntura incluye el reconocimiento por parte de los Estados de la diversidad étnica y cultural y, como elemento de eso, la necesidad de otorgar algunos derechos específicos al respecto, lo que algunos autores llaman el nuevo “constitucionalismo multicultural”¹ (Van Cott, 2000) y su relación con la ciudadanía “étnica” o “cultural” (Montoya, 1996; Pérez-Bustillo, 2001). Como bien sabemos, y a diferencia de otros países de la región, como Colombia, Perú o Venezuela, en el Ecuador este reconocimiento oficial es, en mayor parte, reflejo y resultado de las luchas y demandas del movimiento indígena, de sus procesos del fortalecimiento identitario como actores sociales, políticos y culturales y de su cuestionamiento de los modelos existentes de ciudadanía, democracia, Estado y nación.

Es precisamente en esta nueva coyuntura política que emergen tensiones y paradojas, tensiones y paradojas entre el ideal de la *interculturalidad* y los valores en que se funda, los esfuerzos del reconocimiento y defensa de lo propio y distintivo (indígena y negro) y el uso del multi o pluriculturalismo como parte de “las mismas estructuras políticas –y aparatos ideológicos– que se empeña en transformar” (Pérez-Bustillo, 2001). Hacer ver estas tensiones y paradojas ayudar a entender la complejidad de la problemática. También nos hace considerar por qué la pluralidad e interculturalidad política y jurídica no son exactamente lo mismo.

Sí la *interculturalidad* se funda en la necesidad de construir relaciones *entre* grupos, como también *entre* prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la *multi o pluriculturalidad* simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia.

A veces lo *pluri o multi* está utilizado como término principalmente descriptivo, como podemos evidenciar en el Artículo 1 de la Constitución. Empero, sus raíces y significados no se encuentran en la descripción, sino en las luchas en contra de la colonialidad pasada y presente, y la violencia simbólica, estructural y cultural² que esta colonialidad produce. También en las

luchas no por el reconocimiento estatal (como que con este reconocimiento “oficial” los pueblos empezaran a existir), sino por la reparación a los años de exclusión. Así, desde el movimiento indígena (y más recientemente desde el emergente movimiento afro), lo *pluricultural* implica el fortalecimiento de lo propio frente a las otras culturas.

Sin embargo, dentro de la misma designación constitucional del Ecuador como Estado pluricultural y multiétnico, el *pluriculturalismo* pasa de la esfera de lucha de las culturas excluidas a convertirse en política del Estado. Es claro que en este paso no solo pierde algo de su sentido reivindicativo, sino que entran en el medio, una serie de intereses distintos. Por eso, varios autores adviertan que tras las nuevas políticas latinoamericanas del reconocimiento e inclusión, juega una nueva lógica cultural del capitalismo global, una lógica que intenta controlar y armonizar la oposición con la pretensión de eventualmente integrar a los pueblos indígenas y negros dentro del mercado.³ El hecho de que los reconocimientos constitucionales no son aislados, sino que forman parte de un conjunto de políticas de tipo multiculturalista, tanto del Banco Mundial como de las empresas transnacionales, incluyendo el mismo OCP, da posible razón a esta advertencia.

La *multi o pluriculturalidad* oficializada se desarrolla alrededor del establecimiento de derechos, políticas y prácticas institucionales que reflejan la particularidad de las “minorías”, añadiendo estos a los campos existentes. Por eso el *multi o pluriculturalismo* oficial es a veces llamado “aditivo”. Al abrir la puerta a la diversidad cultural y su reconocimiento e inclusión, da un paso necesario e importante. Sin embargo, vale la pena considerar si este reconocimiento e inclusión pretenden atacar las asimetrías y promover relaciones equitativas. O si más bien solo añaden la particularidad étnica a la matriz existente, sin buscar o promover una mayor transformación. ¿Sería, en cierta medida, una cultura (o varias culturas) dentro de una cultura más amplia, que se autoidentifica como multiétnica y pluricultural pero que, a la vez, sigue incorporando fuertes asimetrías?⁴

La existencia de instituciones “indígenas” dentro del Estado puede servir como ejemplo del *pluriculturalismo* “aditivo”. La Dirección Nacional de la Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB) y el Consejo del Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos (CODENPE) son instituciones con un nivel de semi-autonomía frente al gobierno. También tienen una participación directa de las organizaciones y pueblos indígenas. Pero a pesar de su existencia dentro del Estado, no tienen el poder o la posibilidad de alterar sustancialmente al Estado, tampoco de promover mayores cambios y relaciones fuera de sus

esferas particulares de operación. Es decir, fuera de lo indígena. Ciertamente es que por su mera existencia contribuyen a *pluriculturalizar* al Estado. Sin embargo, esta *pluriculturalidad* permanece prácticamente marginal a la educación nacional no-bilingüe, erróneamente llamada “hispana”, o a las políticas públicas dirigidas a la sociedad en su conjunto.

Al parecer, es suficiente establecer derechos e instituciones a parte, sin tener, a la vez, que repensar la totalidad. Tal práctica ayuda a reproducir la imagen de una sociedad *parcelada*, más que una sociedad que vive permanentemente la inter-impregnación de la diversidad (Salman, 1999). Así se perpetúa la falsa noción de que los pueblos indígenas solo viven en el campo, en comunidades y territorios étnicamente homogéneos y, en cierta medida, apartados de la modernidad. Además, asume que todos los alumnos indígenas necesariamente asisten a programas bilingües, y si no que sus necesidades educativas no se diferencian de los alumnos blanco-mestizos. Los mismos derechos colectivos también pueden ser vistos desde las nociones de adición y parcelación por el hecho de que constituyen *derechos a parte*, una adición al derecho ordinario-individual, cuyo sentido legal se restringe a la jurisdicción territorial y cuyo impacto societal permanece limitado.

Mientras que la *multi o pluriculturalidad* parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia, y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido, la *interculturalidad*, en la manera que ha venido proponiéndola el movimiento indígena, se centra en la *transformación*— de las relaciones entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, y de las políticas públicas. Últimamente, con la formación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (UINPI), el proyecto indígena de la *interculturalidad* también se extiende al campo epistemológico. Como dice su descripción, la creación de la Universidad Intercultural no significa en absoluto la parcelación de la ciencia en una ciencia indígena y otra no indígena. Significa la oportunidad de emprender un diálogo teórico desde la *interculturalidad*; la construcción de nuevos marcos conceptuales, analíticos, teóricos, en los cuales se vayan generando nuevos conceptos, nuevas categorías, nuevas nociones, bajo el marco de la *interculturalidad* y la comprensión de la alteridad (ICCI, 2000: 6-7).

A diferencia de los blanco-mestizos y por su condición como pueblos históricamente subalternizados, los indígenas han aprendido a usar un “repertorio plural” (Assies, 2000), a moverse *entre* lógicas y racionalidades dis-

tintas, y a construir nuevos conocimientos que permitan articular dos (o más) mundos vida (Sepúlveda, 1996). Es esta capacidad que se encuentra en el mundo indígena pero rara vez en los blanco-mestizos que marca la práctica de la *interculturalidad*. Es una capacidad que permite pensar fuera de las categorías de la modernidad, entender la importancia de los lugares epistémicos, éticos y políticos de enunciación, y considerar la potencialidad de los espacios de las fronteras. Requiere aceptar que el conocimiento no es uno y universal para quien quiera ingresar en él (Walsh, 2002a); y que tampoco es uno el campo jurídico.

En este sentido, el concepto de la *interculturalidad* va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión. Revela y pone en juego la diferencia no solamente cultural sino colonial, a la vez que busca maneras de negociar e interrelacionar la particularidad con un univeralismo pluralista y alternativo –la aplicación de lo que se ha convertido en lema: la unidad en la diversidad (ver Walsh, 2002b). Pero una unidad muy distinta a la que supuestamente existe. Una unidad *intercultural* que tiende puentes comunicacionales y apelan a cambios profundos en todas las esferas de la sociedad, aportando, como decía Ramón (1998, 60), “a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de estado y una profundización de la democracia”.

2. ¿CONSTITUCIONALIZAR LA INTERCULTURALIDAD?

Al escribir sobre las luchas por la legalización de los derechos indígenas en México, Enrique Hamel (1990) apunta una problemática central: “en las leyes se cristalizan y se expresan las relaciones de poder existentes en una sociedad”.

Sí es así, ¿qué realmente implican las reformas constitucionales ecuatorianas? ¿Es la Carta Constitucional de 1998 un reflejo de pasos hacia la transformación de las relaciones de poder excluyentes y dominantes, es decir, hacia la *interculturalidad*? O, al constitucionalizar la *interculturalidad* dentro de la estructura y sistema existente, no estaría dándole un sentido nada diferente al de la *multiculturalidad* con una lógica estatal?

El Art. 62 responsabiliza al Estado de fomentar la *interculturalidad*, inspirar sus políticas e integrar sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas.

El Art. 66 atribuye a la educación la función de impulsar la interculturalidad.

El Art. 97, numeral 12, impone a todos los ciudadanos el deber de propugnar la unidad en la diversidad y la relación intercultural.

Por lo menos a nivel discursivo estas reformas parecen dar pauta a la formulación de leyes secundarias y políticas de aplicación que posiblemente pueden dar pasos hacia la transformación de la sociedad ecuatoriana, sus instituciones y políticas. Sin embargo, es importante reconocer que la interculturalidad en sí no es algo que se puede realizar por reformas o leyes estatales. Tampoco es algo que se reduce a la “constitucionalización”. Y eso es porque la interculturalidad no es un producto o sustancia, sino un *proceso continuo*, algo por construirse y que nunca termina. Mientras las leyes pueden contribuir a asentar las bases de esta construcción e inclusive ayudar a establecer un carácter más dialógico (incluyendo al Estado mismo), su realización requiere el compromiso no del Estado en sí, sino de las personas que viven dentro de él.

Hay otras reformas de la Constitución que si no se enfocan explícitamente sobre la interculturalidad, abren camino al pluriculturalismo jurídico y la operativización de lógicas legales distintas.

El Art. 199 faculta el ejercicio jurisdiccional de las autoridades de los pueblos indígenas en la solución de sus conflictos internos, reconociendo así la existencia del derecho consuetudinario.

Los Arts. 224, 228 y 241 incorporan las circunscripciones territoriales como regímenes seccionales especiales.

Los Arts. 83 a 85 establecen una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos.

Sin duda, estas reformas representan avances importantes, tanto al reconocer a los pueblos indígenas (y afros) y sus derechos particulares, como al incorporar una nueva normatividad específica. Pero, ¿no es cierto que el normativizar y luego crear leyes secundarias, codificar el derecho indígena, así como hacer la propuesta de ley de administración de justicia (o de las nacionalidades y pueblos indígenas) requiere trasladar una parte sustancial de las prácticas indígenas al terreno de la cultura occidental y a la autoridad legal del Estado (Hamel, 1990)? Y una pregunta más: ¿no se convierten los pueblos en

sujetos de políticas públicas, cuya identidad y definición empieza a regirse por los mismos conceptos culturales y territoriales escritos en las reformas? Éstas son algunas de las tensiones y paradojas reales por confrontar en las nuevas políticas de reconocimiento e inclusión y en la emergencia de una nueva pluralidad jurídica.

Claro que también hay muchas otras. Incluido el mismo hecho de que la mayoría de las reformas limitan la esfera del cambio a la particularidad étnica, es decir, solo a los pueblos indígenas y afroecuatorianos, reconocidos como conjuntos de distintas tradiciones, como cuerpos culturales identificables, estables y rurales (y no como seres que continuamente se re-crean y re-inventan). Mientras que el Art. 62 que parece referirse a toda la sociedad, también puede ser leído de otra manera; es decir, su propósito sería promover el reconocimiento y la inclusión dentro de las mismas estructuras políticas e instituciones existentes. Como decía anteriormente, la *interculturalidad* en este caso, tiene un sentido equivalente al *pluri o multiculturalismo* (Walsh, 2002a).

Es claro que las intenciones indígenas en el proceso de la reforma constitucional fueron otras —de exigir la transformación del Estado-nación monocultural y no solo añadir su diferencia cultural a la matriz y norma dominante existente. Podemos argumentar que estas reformas representan pasos *hacia* esta transformación intercultural (pero no de la constitucionalización e institucionalización de la interculturalidad en sí). Sin embargo, es importante señalar algunas de las limitaciones que presentan:

- Reducen la lucha por los derechos de los pueblos a una lucha indianista e indigenista, una lucha por derechos *aparte* y no, complementariamente, también por derechos ciudadanos.
- Restringen los derechos colectivos al espacio rural y territorial, excluyendo así las realidades multiétnicas y urbanas.
- Asumen que el indígena (o negro) que vive fuera de la comunidad puede (y debe) regirse por el derecho “universal” e individual, negando la existencia de la discriminación, el legado colonial o la monoculturalidad en la formulación y aplicación de estas normas.
- Trasladan prácticas y lógicas culturales a la racionalidad estatal, creando serias contradicciones, no siempre visibles (ver el caso de territorio mencionado a continuación).
- Niegan o simplifican la complejidad de la actual diversidad ecuatoriana.

3. PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDAD

El reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario, tanto en las Constituciones de la región como en tratados y convenios internacionales, ha logrado abrir discusiones sobre las posibilidades e implicaciones del *pluralismo jurídico* –es decir, la coexistencia (supuestamente en términos de igualdad) de diversos órdenes normativos. En el Ecuador, la declaración en el artículo 1 de la Constitución sobre el carácter pluricultural y multiétnico del Estado, permite, según Trujillo, Grijalva y Endara (2001), “el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos cuyo ejercicio implica la existencia en el país de diversos sistemas normativos” (36). Junto con otros artículos (191, inciso 4to, 84 numeral 7), este texto hace claro que las normas, costumbres y autoridades indígenas “constituyen y generan un Derecho diverso y autónomo del Derecho estatal, aunque articulando a éste en los términos que la Constitución establece” (39).⁵

La legalización del pluralismo jurídico se entiende generalmente como un elemento que contribuye a empoderar a los pueblos indígenas, fortaleciendo la jurisdicción indígena (Assies, 2000). Sin embargo, y como anota Assies (2000), existe la posibilidad de que esta legalización fortalezca a la burocratización de las estrategias de argumentación a través de la presión por la codificación y regularización. En otras palabras, la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, dominación y domesticación.

Por eso, no hay nada inherentemente progresista o emancipador en el pluralismo legal (de Sousa Santos, 1998). Tampoco necesariamente implica igualdad.

El mero hecho de que exista más de un sistema, no asegura que siempre exista la justicia adecuada y apropiada. No asegura que la supuesta superioridad del derecho positivo y estatal no se rija sobre el otro, que los derechos individuales y los derechos colectivos no entren en contradicción, o que el problema de las relaciones de poder y de los conflictos interculturales desaparezcan. Tampoco asegura una consideración de la real complejidad de la diversidad –tanto étnica como de género, clase social, ubicación geográfica, etc.–, ni un cambio inmediato en las creencias y actitudes de la gente. De hecho, y como bien señala Albó (2000), demasiadas veces complica la situación previa.

Eso se puede evidenciar, por ejemplo, en el concepto y aplicación contradictoria del “territorio” de los mismos derechos colectivos. Al otorgar títulos de propiedad colectiva, el Estado reconoce a los dueños ancestrales, pero al dar concesiones territoriales a compañías extractivistas (mineras, petroleras, etc.) define a partir de su propia racionalidad (e interés económico) qué es y qué no es “territorio”. De hecho, al excluir el agua, el subsuelo y los minerales y limitar el concepto de territorio a la superficie, rompe con las bases tradicionales y esquemas culturales sobre los cuales los derechos colectivos supuestamente se fundamentan.

Por estas razones no hay que descontar la importancia del reconocimiento formal del pluralismo legal en la Constitución o los esfuerzos actuales de establecer la aplicación por medio de leyes secundarias (tales como la propuesta de ley de justicia indígena, la de idiomas ancestrales y la de nacionalidades y pueblos indígenas). Es solo advertir las potenciales trampas de la “institucionalidad indígena” (Assies, 2000).

El pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación *pluricultural* de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas. En este sentido, el pluralismo jurídico refleja una aplicación de la *pluriculturalidad* oficial que antes mencionamos: añade un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer en ella mayor transformación en relación al otro sistema no-indígena. El propósito es dar atención y cabida a la particularidad étnica, no repensar la totalidad.

Como bien indica Assies (2001,1), “lo que a menudo consideramos como ‘justicia y derecho’ coincide en la práctica con la mayor parte de la estructura social de las sociedades indígenas”. Pero esta práctica no se puede calificar como “puramente indígena” o siempre representativa de lo ancestral-colectivo. Con la necesidad de normativizar y codificar en forma escrita los procedimientos y prácticas vivenciales que, con los años, han estado constantemente re-creados, viene la tendencia de generalizar y homogeneizar la interpretación del “deber ser” (Albó, 2000); de hacer resaltar la diferencia oposicional entre el sistema (y no *los* sistemas) indígena y el sistema occidental-estatal. La existencia de lo que algunos autores llaman “hibridismos” o “sincretismos” jurídicos, es decir, los procesos sociales dinámicos de la construcción de fronteras (Assies, 2000), y la habilidad y práctica que existen en muchas comunidades de moverse *entre* sistemas y esquemas de administración de justi-

cia, normalmente quedan afuera de la codificación. Y por eso, el “deber ser” escrito puede convertirse en otra imposición.

Si la interpretación *pluricultural* es la que generalmente sugiere el pluralismo jurídico, ¿cuál sería la base y perspectiva distinta que puede ofrecer la interpretación *intercultural*?

La propuesta de ley sobre justicia indígena hace referencia a la “interpretación intercultural de los hechos y derechos”, incluyendo la capacitación de autoridades indígenas, jueces y estudiantes de derecho (Cap. I, art. 6), y los conflictos con no-indígenas fuera de la colectividad (Cap. III, art. 15). Sin precisar qué se entiende por “interpretación intercultural”, se sugiere la posibilidad de utilizar de manera estratégica los recursos del derecho consuetudinario para asegurar la función de justicia para el sujeto indígena fuera de su comunidad y dentro de la jurisdicción del derecho individual. Intenta que el juez o tribunal tome en cuenta “las diferencias culturales y [busque] conciliar estas diferencias con la cultura a la que responde el derecho estatal con la ayuda de juristas, antropólogos o sociólogos...” (Cap. III, numeral 2).

De hecho, tal esfuerzo de “conciliar” debería ser elemento central de una interpretación intercultural.⁶ Pero ¿qué sucede cuando su aplicabilidad se extiende solo al indígena y no al blanco, mestizo o negro juzgado en territorio indígena? ¿Acaso ellos no tienen también el derecho de la interpretación intercultural? ¿No deberíamos considerar cómo la interpretación intercultural puede extenderse a los conflictos interculturales, tanto entre colectividades (entre pueblos o nacionalidades indígenas, y también entre ellos y pueblos afroecuatorianos con su lógica distinta del derecho colectivo), como entre la colectividad y el individuo?

Sugerir que el problema de la interculturalidad es simplemente un problema del tratamiento de los indígenas y no un problema histórico y estructural de toda la sociedad puede hacer caer en fundamentalismos y etnicismos que muchas veces sirven para promover la parcelación y separación. También es ceder frente a la necesidad de construir una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de estado y profundizar la democracia (Ramón, 1998), que exige el compromiso a todos.

En un artículo reciente Xavier Albó (2000) propone que en un mundo cada vez más entrelazado, no debemos ser unidireccionales sino, más bien, establecedores del diálogo en ambas direcciones. No se debe reproducir la pola-

rización tan común en el derecho positivo entre un derecho absolutamente individual y otro absolutamente colectivo de la propiedad, por ejemplo. Tampoco es de presumir que el derecho consuetudinario debe evolucionar hacia el derecho “positivo y ordinario” (lo cual supone, irónicamente, que lo consuetudinario es “negativo y “no-ordinario”). Más bien, y como sugiere Albó, hay que buscar un *enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica*, que también permita incorporar, de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes del derecho indígena en el derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad pueden empezar a entretenerse.

Notas

- 1 Según Van Cott (2000) este modelo implica el reconocimiento de tres tipos de derechos colectivos: derechos al autogobierno, derechos especiales de representación y derechos políétnicos. Como bien señala Perez-Bustillo (2001), omite el reconocimiento de derechos a la autonomía territorial, elemento clave de las demandas indígenas dirigida al reconocimiento de la “plurinacionalidad”.
- 2 Ver, por ejemplo, Silvia Rivera Cusicanqui “La raíz: colonizadores y colonizados”, en Albó y Barrios (coordinadores). *Violencias encubiertas en Bolivia. Cultura y política*. La Paz, CIPCA, 1993: 26-139.
- 3 Ver, por ejemplo, Quijano (1999); Walsh (2000); Zizek (1997).
- 4 Esta pregunta está adaptada de lo que argumenta Salman (1999, 80) en el caso de Bolivia.
- 5 El hecho de que todavía existen conflictos a nivel internacional sobre los derechos colectivos fue evidenciado a mediados de febrero del 2002 en la reunión de Ginebra del grupo de trabajo del proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En esta reunión, el Ecuador tenía representación estatal pero no representación indígena.
- 6 También ver Sánchez (1998), al respecto.

Bibliografía

- Albó, Xavier
2000 “Derecho consuetudinario: posibilidades y límites”. Documento inédito.
- Assies, Willem
2000 “La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos? Texto preparado para el curso Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el tercer milenio, Arica.
- Hamel, Rainer Enrique
1990 “Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo”. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en*

- América Latina*. Comps. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. México, Instituto Indigenista Interamericano, 1990.
- Instituto Científico de Culturas Indígenas
2000 “La Universidad Intercultural”. *Boletín ICCI-Rimai* (Quito), 19 (2000): 4-9. <http://icci.nativeweb.org>
- Montoya, Rodrigo
1996 “La ciudadanía étnica como un nuevo fragmento en la utopía de la libertad”. *Democracia y Estado multiétnico en América Latina*. Comp. Gonzalo Casanova y Roitman. México, La Jornada Ediciones.
- Perez-Bustillo, Camilo
2001 “De la ciudadanía multicultural a la interculturalidad: intentos recientes de reconstrucción del Estado en México, Guatemala y Colombia”. Ponencia presentada en LASA, Washington D.C.
- Quijano, Aníbal
1999 “Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina”. *Pensar (en) los intersticios. Teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Eds. Santiago Castro-Gómez, Oscar Guardiola-Rivera y Carmen Millán de Benavides, Santafé de Bogotá, Colección Pensar / Centro Editorial Javeriano: 99-109.
- Ramón, Galo
1998 “Avances en la propuesta del país plurinacional”. *Aportes al tema de los derechos indígenas. Mesa de concertación sobre las propuestas del movimiento indígena*, Quito.
- Ramón, Galo
2000 “¿Es posible la interculturalidad?”. *Revista Identidades* (Quito) 21.
- Salman, Tom
1999 “Culturas en su laberinto”. *Cuarto Intermedio* (Cochabamba) 51: 62-89.
- Sánchez, Esther
1998 “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano”. *América Indígena* 1-2: 177-199.
- De Sousa Santos, Boaventura
1998 *La globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Trujillo, Julio Cesar, Agustín Grijalva y Ximena Endara
2001 *Justicia indígena en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.
- Van Cott, Donna Lee
2000 *The friendly liquidation of the past: The politics of diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Walsh, Catherine
2000 “[Interculturalidad] Políticas y significados conflictivos”. *Nueva Sociedad* (Caracas) 165 (enero-febrero): 121-133.

Walsh, Catherine

- 2002a “Las geopolíticas de conocimiento y colonialidad del poder. Entrevista a Walter Mignolo”, en *Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder: perspectivas desde lo andino*. Eds. C. Walsh, F. Schiwy y S. Castro-Gómez, Quito, UASB/Abya-Yala, en prensa.

Walsh, Catherine

- 2002b “(De)Construir la interculturalidad. Consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador”. *Interculturalidad y política*. Lima, Red de apoyo de las ciencias sociales, en prensa.

Zizek, Slavoj

- 1997 “Multiculturalism, Or, the Cultural Logic of Multinational Capitalism”. *New Left Review* 225: 29-49.

PLURICULTURALIDAD E INTERCULTURALIDAD EN EL ECUADOR

El reconocimiento constitucional de la justicia indígena

*Gaitán Villavicencio Loor**

1. ANTECEDENTES

En los últimos veinte años se han suscitado en el Ecuador, en un escenario de crisis económica prolongada y de aplicación de ajustes estructurales, un conjunto de acontecimientos sociales y políticos que han marcado crucialmente el país profundo, especialmente el relacionado con los grupos sociales subalternos, gracias al protagonismo asumido y desarrollado por los indígenas; lo que les ha permitido convertirse en sujetos sociales y construir un sólido movimiento social, y, por ende, alcanzar una serie de reivindicaciones, entre las cuales se destacan el reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad, multiétnicidad y multinacionalidad. Entre los hechos históricos más destacados para llegar a esa situación encontramos:

- La Constitución de la CONAIE en 1986, como organización social de tercer grado.
- El levantamiento nacional indígena, en junio de 1990, que le permitió la legitimación como un nuevo actor social y político en el escenario nacional.
- La consolidación de sólidos movimientos indígenas en la Sierra y Amazonía y de una intelectualidad indígena, “thinking tank” y creativos propugnadores de estas propuestas.

* Sociólogo, profesor de la Universidad de Guayaquil e investigador de la Corporación de Estudios Regionales, Guayaquil.

- La construcción de sólidas identidades étnicas que, inclusive, han permitido la conformación de estructuras políticas legales como Pachakutic (1996), o Amauta Jatari, constituida recientemente.
- Como consecuencia de lo anterior se ha producido la existencia de varios gobiernos locales indígenas (prefecturas y municipios), como de un sólido bloque congresil.

Asimismo, debemos destacar el reconocimiento de la pluriculturalidad, pluriétnicidad y multinacionalidad por parte de la Constitución Política de 1998; y el artículo 191 sobre la administración de la justicia indígena, materia de esta ponencia.

Finalmente, debemos resaltar que estos reconocimientos constitucionales no han hecho otra cosa que reconocer la diversidad socio-cultural existente en la formación social, como la supervivencia histórica de las ancestrales instituciones de pueblos y nacionalidades indígenas y la vigencia contemporánea de éstas en la cotidianidad de la vida colectiva.

2. REFERENTES TEÓRICOS Y METODOLÓGICOS

El tratamiento del tema asignado nos obliga partir teóricamente de la articulación de los siguientes ejes temáticos:

2.1. HISTÓRICAMENTE LOS GRUPOS SOCIALES ANDINOS NUNCA CONSTITUYERON UNA GRAN NACIÓN, TANTO EN LO QUE HOY ES EL ECUADOR COMO EN GENERAL EN AMÉRICA LATINA

Es en la constitución misma, desarrollo y consolidación del Estado nacional que los movimientos indígenas, histórica y contemporáneamente, adquieren un proyecto nuevo y diferente. En este contexto, por un lado, lo étnico solo puede ser comprendido de modo coherente en referencia al Estado. El fenómeno étnico no es solamente un problema cultural, sino que es también un problema de la sociedad en su conjunto y de la diferenciación social alcanzada por y al interior de la formación social.

Por otra parte, es la misma construcción de la nación y de su rica diversidad social, étnica y cultural, inclusive como proceso inacabado, la que confiere un carácter nacional y contextualidad a la cuestión indígena, con sus demandas y reconocimientos.

En una sociedad fragmentada, como la ecuatoriana, van generándose elementos de identificación en un largo trajinar histórico. En donde se pasa de una “*visión del otro*” a un “*proyecto histórico para sí*”, como lo señala Hernán Ibarra. Como sostienen varios autores, la “política de la identidad” designa acciones individuales y colectivas que se expresan, tanto en lo privado como en lo público, en la constitución de identidades. Se trata de acciones sociales y políticas que se definen en algún ámbito del poder.

En esta perspectiva, los movimientos étnicos, en general, van más allá del enfoque identitario, ya que se manifiestan también en: formas más complejas de organización; niveles locales y regionales de participación; y, un cuestionamiento a la vertebración, organización y funcionamiento del Estado nacional existente.

2.2. CON RELACIÓN AL DERECHO SE DEBE RESEÑAR QUE ES ANTE TODO UN FENÓMENO SOCIAL. ADEMÁS ESTÁ CONFORMADO POR UN CONJUNTO DE REGLAS OBLIGATORIAS, DETERMINANTES DE RELACIONES SOCIALES IMPUESTAS PERMANENTEMENTE POR EL GRUPO AL QUE SE PERTENECE

Toda sociedad tiene su derecho, como es el caso de los pueblos indígenas.

En las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y la tradición.

La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario, y de su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad.

El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad.

2.3. PLURICULTURALIDAD

La pluriculturalidad está presente en la Constitución de 1998 como un reconocimiento a la diversidad de culturas existentes en el país. La pluriculturalidad y su factor constitutivo la interculturalidad, asimismo, definen que la cultura solo puede ser pensada y vivida, conjugada o declinada, “en plural”; y, por consiguiente, sólo existe en cuanto relación cultural y “reconocimiento” de las otras culturas, y a partir de lo cual se identifican en cuanto “diferentes”. Asi-

mismo, la pluriculturalidad es un enfoque interpretativo de la cultura, que se presenta y define por la misma interculturalidad; por la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural, que se manifiestan mediante intercambios y comunicaciones entre actores que utilizan diferentes categorías de expresión e identificación, de análisis e interpretación.

En este sentido, la interculturalidad está presente en las demandas de los pueblos históricamente excluidos por los Estados, construidos con una perspectiva monocultural.

El enfoque intercultural es una visión de las relaciones humanas y sociales que busca la valoración del otro en función de un proyecto común, construido con:

- Equidad: se aprecia en forma horizontal las potencialidades y límites de las diversas culturas.
- Interaprendizaje: trata de incorporar los aportes de las otras culturas con visión selectiva e incluyente; todos aprenden de todos.
- Participativa: en la labor de selección y de convergencia de los aportes se otorga y se promueve que todos sean protagonistas de las acciones de convergencia; y,
- Manejo de conflictos: se reconoce que a veces existen intereses y visiones diferenciadas y opuestas entre los actores de diferentes culturas y que, por tanto, pueden surgir confrontaciones entre ellos; tales situaciones requieren la puesta en práctica de estrategias de comunicación para la solución de conflictos.

Finalmente, la importancia del concepto de interculturalidad radica en la necesidad de armonizar los derechos de los pueblos indígenas, afros y otros excluidos, involucrando planteamientos jurídicos, sociales y políticos, propiciando el acceso a la igualdad y reconociendo las diferencias. En tal sentido, interculturalidad implica establecer relaciones y alianzas con los múltiples sectores sociales que constituyen nuestras sociedades, como lo destacan varios analistas mencionados en la bibliografía adjunta.

2.4. MOVIMIENTO SOCIAL

Alain Touraine, en su obra sobre “la sociología de la acción”, en la parte relacionada al análisis de los movimientos sociales, identifica tres principios básicos que deben coincidir en estos para que puedan ser denominados como tales, que al mismo tiempo que los tipifican permiten su comprensión y explicación, y son: a) El principio de identidad, que permite construir, fortalecer y

acrecentar un conjunto de señas identitarias que los determinan y facilitan su reconocimiento social; b) El principio de oposición: como consecuencia de lo anterior, asumen una visión compartida, concreta y operativa, con respecto a problemas, opositores, conflictos y perspectivas, que hacen que el grupo asuma estrategias sociales y políticas para alcanzar un posicionamiento social y un reconocimiento institucional; y, c) Un proyecto histórico, al cual generalmente se define y percibe como los objetivos y las metas o reivindicaciones político-sociales a alcanzarse por el grupo social, en un período de tiempo.

Estos principios en la realidad concreta y en la dinámica social se manifiestan de una manera combinada; y, con una mayor o menor expresividad y tónica en sus características fundamentales y de funcionamiento, según los casos específicos.

Finalmente, debemos destacar que estos cuatro ejes temáticos nos sirven para comprender e interpretar más adecuadamente la interculturalidad en procesos sociales contemporáneos, que conllevan complejos antecedentes históricos y conflictivas oposiciones e incompresiones culturales y políticas.

3. ESTADO NACIONAL, CUESTIÓN INDÍGENA Y JUSTICIA INDÍGENA

3.1. EL PROCESO HISTÓRICO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO

A lo largo de los 170 años de vida republicana se ha construido paulatina y conflictivamente el Estado unitario y central, actualmente en crisis.

Principales iniciativas de construcción o reformas desde el poder del Estado:

- Gabriel García Moreno (1860), forjador autoritario y visionario del Estado unitario.
- Eloy Alfaro (1895-1912), el caudillo reformador y recreador del Estado moderno.
- Reformas desde 1925, primer gobierno de las Fuerzas Armadas, priorizan la atención a la cuestión social.
- Velasco Ibarra (5 períodos, la mayoría inconclusos).
- Reformas de 1950 a 1970 (Boom Bananero).
- Reformas de 1972 a 1982 (Boom Petrolero).
- La crisis del tipo de Estado actual, desde 1982 a la fecha. Aplicación insti-

tucional del ajuste estructural en el contexto de la globalización neoliberal, que se traduce en miseria y retroceso social.

3.2. MANIFESTACIONES DE LA CRISIS ACTUAL DEL ESTADO CENTRALISTA

En este momento el Estado unitario, devenido centralista por la conjunción histórica de múltiples factores (materia de muchas ponencias), está en una profunda crisis, que lo torna ineficiente, antieconómico y poco funcional a las exigencias del desarrollo humano y la mundialización. Esta crisis se manifiesta de las siguientes formas:

- Fragmentación regional.
- Desigualdades regionales y locales.
- Ausencia de encadenamientos productivos.
- Desgobierno, inestabilidad.
- Inseguridad jurídica.
- Ausencia de continuidad institucional.
- Incremento de brecha entre lo urbano y lo rural.
- Nula participación ciudadana y autoritarismo.
- Burocratización de la administración pública.
- Dificultades para el control y aumento de la corrupción e impunidad.
- Difusa representación política y social.
- Esta creciente crisis del tipo de Estado nos plantea a la sociedad en su conjunto la necesidad de construir, decidida y creativamente, una nueva arquitectura estatal e institucionalidad, de manera consensuada e incluyente, que nos facilite la inserción, en los términos menos traumáticos, a la globalización.

Finalmente, debemos resaltar que en esta matriz del Estado nacional se fueron cuajando una gama de procesos de integración, mestizaje, aculturación y resistencias que han permitido construir esta inacabada nación como su abigarrada y entrecruzada trama social, en donde el indigenado ha colaborado de múltiples formas, y donde se potencian la diversidad y, por ende, la interculturalidad.

3.3. ESTADO NACIONAL Y CUESTIÓN INDÍGENA

A lo largo de la vida republicana las relaciones en el creciente Estado nacional y el indigenado han sido conflictivas, paternalistas y diversas, desde

la dura represión al otorgamiento de derechos y prebendas. Cronológicamente vamos a destacar solamente los hechos más relevantes vinculados a esta tormentosa relación:

De 1830 a 1856:

- El tributo indígena se promulga como una imposición fiscal.
- Había una legislación específica acerca de las tierras, autoridades propias y obligaciones de los indígenas con el Estado.

Desde 1857:

- Se suprime el tributo, los indígenas son integrados dentro de la Legislación general del país.
- Formalmente eran ciudadanos pero estaban excluidos de los procesos electorales por pobres y analfabetos.
- Entre los conceptos desarrollados por el Estado, se creó y aplicó, en el siglo XIX, la noción de raza para definir a los distintos grupos étnicos nativos existentes.

1895:

- Abolición del concertaje, por la Revolución Liberal.

1920:

- Se conforma el indigenismo, como corriente político intelectual, que da una nueva definición del indio de la Sierra. Como políticas públicas y de Estado privilegiaba la educación y la redistribución de la tierra.
- No hay una relación horizontal con los indígenas.

1937:

- Promulgación de la Ley de Comunas. Se plantea una legislación protectora de la organización comunal; se incorpora al ordenamiento jurídico-administrativo estatal a la población indígena de la Sierra.

De 1930 a 1960:

- Existe el problema indígena pero concebido como una falta de integración social a la sociedad nacional. Caso de las actividades desarrolladas por la Misión Andina y programas de cooperación.

A partir de 1960:

- Tiende a privilegiarse el “problema agrario”, en particular con las políticas de reforma agraria, de 1964 y 1973, que uniformizan el tratamiento a toda la población rural como campesinos.

A finales de 1970:

- Se reinicia una nueva identificación de la población indígena como sujeto de las políticas estatales, en donde destacamos:
 - Creación de FODERUMA (1978), para la atención de la población marginada rural.
 - Plan Nacional de Alfabetización Bilingüe (1979).
 - Eliminación de las restricciones al voto del alfabeto (1979).

En los 80:

- Gracias al desarrollo de las organizaciones étnicas, se propone una nueva visión de la cuestión indígena, a partir de una autodefinición que incluye la lengua y las tradiciones ancestrales, la participación organizada y un conjunto de demandas unificantes de carácter social y agrarias, planteadas al Estado.

En los 90:

- La intelectualidad indígena rescata y define una propuesta política de la cultura propia, sustentada en una valoración de su idioma, su territorio, costumbres y pautas organizativas, donde se incluye la existencia y funcionamiento de la administración de justicia indígena. Lo que es recogido y plasmado por la Asamblea Constituyente en la Constitución de 1998, en el Art. 191.

3.4. LA JUSTICIA ESTATAL Y LA JUSTICIA INDÍGENA

El artículo 191 de la Constitución Política de 1998 señala, en la parte pertinente, lo siguiente: “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”.

El artículo constitucional mencionado destaca los siguientes elementos:

1. El reconocimiento por parte de los asambleístas de la interculturalidad existente en el Ecuador, expresada, entre otras manifestaciones, en la vigencia de la cultura indígena y su institucionalidad;
2. La aceptación política y nacional de la existencia social en el país de diversos sistemas de justicia es la manifestación concreta de la diversidad, pluriculturalidad y multietnicidad, como también de su complejidad y dinamismo;
3. Esta legitimación constitucional de los cuatro sistemas de justicia, asimismo responde a la existencia social de instituciones, normas, procedimientos y de capital humano especializado, los cuales también están en correspondencia con los niveles específicos de implantación, antigüedad y cobertura de los mismos;
4. La interpretación de este escueto artículo constitucional, tanto de su totalidad como de la parte textualmente reseñada anteriormente indica que hay un reconocimiento legal y social, en términos de igual estatuto o nivel, a los cuatro sistemas de justicia reconocidos en el país; ninguno es más o menos. Cada uno existe por sí mismo y tiene sus propias características, organización y funcionamiento, no necesita del otro, u otros, para existir (ser) u operar (práctica); y,
5. Finalmente, este reconocimiento constitucional, desde la interculturalidad, otorga una valoración social a un sistema de justicia concreto y en ejercicio, que responde a las características propias de un extenso grupo social, en su búsqueda equitativa y participativa de manejo y solución de los conflictos que se den entre sus miembros.

Debemos resaltar que históricamente han convivido las administraciones de justicia estatal e indígena, pero como compartimentos-estancos, sin ningún reconocimiento legal la segunda, confinada a ejercerse en las comunidades y entre, y para, “indios”. Siéndoles obligatorio la sumisión a la justicia estatal, a través de la mediación del teniente político, el abogado-tinterillo y juez, en particular para resolver los conflictos interétnicos, con características racistas, excluyentes y de injusticia, como lo destaca la antropología y el relato social ecuatoriano.

4. LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA COMUNAL Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

En el discurso indígena actual hay dos polos unificadores y convocantes: la definición de las nacionalidades y pueblos indígenas; y, la de comunidad.

El primero hace referencia a la diversidad de grupos étnicos existentes en el país, que se han construido a partir de procesos históricos particulares y articulado relativamente de diferentes maneras al Estado nacional y sus políticas. Es en la relación pueblo-etnia-nacionalidad, donde la identidad étnica articula a pueblos y nacionalidades al definir una cultura propia sustentada en una valoración de su idioma, costumbres, pautas organizativas y territorio, como lo destaca Hernán Ibarra.

Mientras el segundo hace relación al tipo de organización social desarrollado histórica y contemporáneamente por estas nacionalidades y pueblos, tanto como forma de reproducción social como mecanismos para protegerse de la expoliación, exclusión y dominación, y para proteger su cultura propia.

En el país hay alrededor de 1.800 comunas en la Sierra, de las cuales 1.513 tienen reconocimiento jurídico del Estado. Asimismo, existen seis grandes grupos étnicos en la Amazonía, repartidos en 544 comunidades.

La comunidad indígena, en general, continúa a reproducir, actualmente, sus formas tradicionales de organización, manteniendo sus estructuras de parentesco endogámicas en relación con el control de los recursos de la tierra y el mantenimiento de su cohesión y de su identidad interna.

De otra parte, el carácter social del derecho, en general, exige que su práctica sea conforme a las aspiraciones del cuerpo social. En este sentido, en la producción y aplicación del derecho indígena tenemos:

La Comunidad Indígena, como su referente territorial y social inmediato y vertebrador; el Cabildo y el Teniente Político Indígena, como los signos del poder, la autoridad y la continuidad institucional; y, la identidad étnica, como una señal de sometimiento y aceptación del derecho indígena.

Asimismo, estos elementos pasan y se fortalecen con el reconocimiento constitucional (Art. 84) de sus derechos colectivos, algunos ya protegidos por la ley, resaltando los numerales referidos a: “Mantener, desarrollar y for-

tales como su identidad y tradiciones; como conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad”.

De todos los elementos antes referidos nace y se sustenta la fuerza social y moral de la administración de justicia indígena, así como su legitimidad.

5. ELEMENTOS A TENERSE EN CUENTA DESDE LA INTERCULTURALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Primero, la necesidad de impulsar colectivamente la construcción de un nuevo tipo de Estado democrático y pluralista. Asimismo, diseñar una nueva arquitectura estatal, que distribuya su poder en nuevas estructuras territoriales, que viabilice, en un esquema de descentralización autonómica, dar, entre otros, un nuevo protagonismo y atribuciones a la comunidad indígena.

Segundo, buscar socialmente formas más eficientes y eficaces de funcionamiento de los sistemas de administración de justicia reconocidos, y su operatividad en términos territoriales y administrativos, de acuerdo a una nueva organización y funcionamiento del Estado.

Tercero, el reconocimiento por el Estado-país del pluralismo jurídico existente debe traducirse, en la cotidianidad, en el respeto real a las diversas instancias de administración de justicia y en el apoyo para el cumplimiento de sus objetivos específicos; y,

Finalmente, insertar las sanciones de la justicia indígena en la observancia y respeto a los convenios internacionales y a los derechos humanos.

Bibliografía

Botero Villegas, Luis Fernando

1998 “Estado, cuestión agraria y movilización india en Ecuador. Los desafíos de la democracia”. *Nueva Sociedad* (Caracas), 153 (enero-febrero): 56-72.

García, Fernando

2001 “Política, Estado y diversidad cultural”. *Nueva Sociedad* (Caracas), 173 (mayo-junio): 94-103.

Grupo Democracia y Desarrollo Local

- 1999 *Ciudadanías emergentes. Experiencias democráticas de desarrollo local.* Quito, Ediciones Abya-Yala.

Ibarra, Hernán

- 1999 “Intelectuales indígenas, neoindigenismo e indianismo en el Ecuador”. *Ecuador Debate* (Quito), 48, (Diciembre): 71-94.

Lévy-Bruhl, Henry

- 1971 *Sociologie du Droit.* París, PUF.

Ramón, Galo

- 1996 “La visión andina sobre el Estado Colonial”. *Ecuador Debate* (Quito), (diciembre): 79-100.

Sánchez-Parga, José

- 1987 “Les Sociétés Indigènes Face à L'état National”. *Mondes en Développement* 15.60, *Perspective de Développement de la Région Andine: Le Cas de L'Equateur.* Bruxelles: 81-98.

Sánchez-Parga, José

- 1997 *Globalización, gobernabilidad y cultura.* Quito, ILDIS-CELA-Abya-Yala.

Torres, Víctor Hugo

- 2001 *Capital social y colaboración pública en el Ecuador: El caso de la “Organización Jatun Ayllu Cabildo de GUAMOTE-OJAG”.* Quito.

Trujillo, Jorge (compilador)

- 1993 *Indianistas, indianofilos, indigenistas. Entre el enigma y la fascinación: una antología de textos sobre el “problema” indígena.* Quito, ILDIS-Abya-Yala.

Varios

- 2001 *Enfoque intercultural para la gestión de las microcuencas andinas;* Pronamaches y Universidad Nacional Agraria, Lima, Diciembre.

ACERCA DE LA CULTURA Y LA JUSTICIA INDÍGENA

*Roque Espinosa**

El trabajo que se presenta a continuación no comenta la Ley Indígena Ecuatoriana, tal como lo hacen otros analistas. Reflexiona, más bien, sobre la cultura, las nacionalidades y la ley. En este sentido, sirve de contexto y pretexto para este debate. Se trata, en este caso, de un “texto abierto” que apunta a “desanimar” una reflexión alrededor de la cual existen demasiados acuerdos sobre un “discurso” en el que están comprometidos –como lo diría Weber– más los valores de la época que el análisis de una problemática siempre difícil de entender y sobre la que no es posible generar una respuesta tajante, única, tal como ha sido el espíritu positivista e ilustrado que ha dominado parte de las discusiones. Obviamente, las ideas contenidas en este trabajo no requieren ser compartidas. Seguramente han sido escritas con un ánimo más modesto: con la intención de que se las tomen en cuenta y se las den la vuelta en la cabeza para que, más adelante, se las puedan olvidar plácidamente. Hay que advertir que este escrito está, en estricto sentido, estructurado en dos partes: una más “teórica” y otra más de orden “práctico”, pero a ambas les une un claro interés político.

CONSTRUYENDO IDENTIDADES CULTURALES Y ÉTNICAS

Pensar en un tema como la justicia indígena, tal como se ha suscitado en el Ecuador en los tres últimos años, supone hacerse varias preguntas. ¿Es posible “concebir” una justicia indígena autónoma? ¿Hay o puede haber una

* Magíster en Sociología, docente en varias cátedras relacionadas con el campo de la cultura y la política. Coordinador Regional del Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, de la Universidad Andina Simón Bolívar.

“justicia indígena”? De alguna manera, esta pregunta –sobre la que ha girado buena parte el tímido debate en torno a la consulta de Ley– supone reconocer implícitamente que el sector indígena se ha mantenido en una situación de “injusticia histórica”. En otras palabras, que la condición social de los indígenas ecuatorianos es abiertamente injusta en la medida que han sido sujetos de explotación, dominación, pero, al mismo tiempo, de desconocimiento y negación, a través de una situación –tal como actualmente se insiste– de “colonialismo” cultural externo e interno (González C., 1966; Mignolo, 1999, 2001). Además, y como fruto de esta situación, no han sido sujetos “primarios” para la ley o, al menos, tal como ha sucedido en los dos últimos siglos, han sido considerados sujetos de “segunda”, lo que ha ratificado su posición de subordinación social, política, económica, cultural. De ahí que se requiera de un estatuto jurídico especial que permita “sortear” esta condición.

Partiendo de estos presupuestos parece evidente, obviamente, que debe existir una “justicia indígena”, si es que por ésta se entiende la necesidad de introducir “normas” que apunten a modificar esta situación histórica de iniquidad. Entre otras cosas, ello supone generar un marco jurídico que contribuya a superar las diferencias, exclusiones y omisiones, provenientes de su condición de “población colonizada”. La pregunta y la respuesta distan, en todo caso, de tener una connotación tan abiertamente simplificada. De hecho, forman parte de una problemática compleja que demanda varias lecturas y, por ende, supone diversas respuestas, algunas de ellas seguramente “válidas”. En la idea de ahondar sobre una problemática abierta, en este comentario se proponen algunas ideas “sueltas”.

Para empezar, conviene señalar que –tal como se ha insistido largamente– en las dos últimas décadas, tanto en el Ecuador, como en otras partes del mundo, la globalización ha generado un “desate de lo local”, léase de las problemáticas vinculadas a lo local, a la generación de identidades e identificaciones culturales de dimensión subnacional y a la emergencia de una acalorada discusión en torno a lo nacional. Esta problemática de lo local-nacional ha venido determinada por dos órdenes de factores. De una parte, el acuerdo casi generalizado de que, al parecer, una forma particular de Estado (el Estado nación) está en declive (Kindleberger, 1969; Hobsbawm, 1991; Tilly, 1995; esta idea no es compartida por Arrighi y Silver, 1999; tampoco por Borón, 2001), frente a lo que podría denominarse un modelo de Estado cada vez más “globalizado” (Waters, 1995), integrado a las redes políticas internacionales que han trasladado el eje de las decisiones y la forma de la política de un nivel in-

terno a un nivel externo, dominado por las empresas transnacionales. Y en el cual, los sectores internos nacionales han sido expropiados de su capacidad de constituirse en forma autónoma e independiente como había sido el ideal Ilustrado de soberanía. De otra parte, está el cuestionamiento de la nación como referente del Estado (sea como génesis o como invención estatal), en tanto eje único, genérico, de lo que podría denominarse el “espíritu de un pueblo” que, por definición, es diferenciado de otros muchos “pueblos”.

En este segundo nivel ha surgido el debate de las identidades culturales (Wallerstein, 1998)¹ por dos vías y no pocos atajos. En tanto referente histórico ancestral que, al parecer, se ha mantenido incólume y se ha reforzado por medio de la tradición (lo cual es una interpretación reaccionaria), pero también como un referente en continua construcción, a través de la tradición y de la vida cotidiana (referente no reaccionario, véase Melucci, 1999). Esto quiere decir, sujeta a cambios (algunos de ellos telúricos) en relación de la política y de la cultura de la dominación, a través de un proceso de lucha, resistencia y también “adaptación”. Desde esta perspectiva, la cultura y las identificaciones culturales que han surgido, se constituyen y se modifican continuamente. Son un resultado “siempre presente”, antes que una mera “herencia del pasado ignoto y ancestral”. Una lectura, de esta segunda interpretación (no reaccionaria) ha tenido, sin embargo, una versión más decantada, por consiguiente, difícil de percibir en sus implicaciones.

Cuando se ha aceptado la visión de la cultura como un proceso renovado que genera identificaciones (y por esta vía identidades), se ha tratado *de no considerar atentamente, incluso de escamotear*, “la influencia externa”, en la perspectiva de no adjudicar la importancia que este fenómeno tiene en la práctica social, e insistir en la relevancia de la tradición, a la hora de evaluar las determinaciones esenciales “internas” (Eyerman, 1995). Para ello se ha señalado, además, que las identidades culturales se constituyen en dos series de espacios: a) territoriales, lo que implica que no hay cultura, no puede haber identificaciones e identidades étnicas sino en este espacio en el que se inscribe el “mundo de la vida” (en una “aquí” y “ahora”, como lo diría la fenomenología) de un determinado sector social; b) sociales, lo que implica que determinados sectores que participan de esta “experiencia” cultural y, por ende, “cognitiva” (Melucci, 1999), disponen de un “acervo compartido” (Schultz, 1960), que los identifica y diferencia de otros sectores sociales.

De hecho, la “Propuesta de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador”, presentada en los últimos meses a considera-

ción de la ciudadanía y que se considera muy progresista (o sea “nada reaccionaria”) ha destacado, al respecto, que: 1. son indios los que pertenecen a una comunidad, centro, nacionalidad; 2. la comunidad, centro, nacionalidad es una determinada circunscripción territorial o está determinada territorialmente; 3. estas “unidades” disponen de una cultura específica que se expresa en costumbres y tradiciones particulares; 4. estas costumbres y prácticas forman parte del derecho consuetudinario a partir del cual las autoridades indígenas deben impartir justicia. Ha considerado, así mismo, poco decisivas las influencias culturales “externas”, pues al hablar de la jurisdicción y la competencia de la autoridad indígena señala explícitamente que: la potestad pública para ejercer funciones de justicia que reconoce la Constitución Política se ejercerá de conformidad con sus costumbres y derecho consuetudinario “*que no dejará de ser tal por la innovaciones que la colectividad incorpore constantemente de acuerdo con las necesidades y los cambios de los tiempos*”.

Históricamente se ha cuestionado esta idea de encerrar la cultura en límites espaciales o de vincularla a un sector social particular localizado en determinados ámbitos territoriales. Sin embargo, en el Ecuador esta concepción ha sido apropiada por el discurso indígena moderno y se lo ha presentado bajo el referente de “avanzada”. Y, como es natural, ha dado paso a posiciones de tipo “excluyente” dentro del movimiento. De una parte, porque ha considerado que la cultura es un referente exclusivo de la “etnicidad”. Existe, en esta lectura, la visión de una cultura propia de los indios del Ecuador que lo diferencia de otros grupos. De otra parte, porque esta cultura diferenciada, “típica de los indios”, excluye, por definición a otros sectores sociales.

Ahora bien, aunque en la “realidad” la cultura es “particular” de determinados grupos sociales, en este caso es específica, tomada en términos excluyentes y exclusivos representa una versión restringida y estrecha. De hecho, la cultura en la vida cotidiana, como los indios en la vida diaria, conviven con otros; su práctica, como su experiencia, decurre no solo entre indios (un concepto ambiguo, como toda invención), sino con “otros” sujetos que por oposición (y como otra invención ideológica)² se denominan “mestizos”, “blancos”, etc. Esta experiencia, con blancos, mestizos, a nivel local, nacional, internacional, tiene fronteras a través de las que se permean y rebotan —desde todos los puntos del tejido social y no a un centro sino a todos los nudos de la red— las “influencias” de las otras culturas, locales, subnacionales, nacionales, mundiales. Es decir, la experiencia de los otros mestizos, blancos, que por esta razón terminan siendo menos blancos, menos mestizos (o más blancos,

más mestizos), que los “propios indios”, pues se han transformado en “más indios o menos indios” que lo que se presentaban ideológicamente.

La cultura en tanto construcción social es diferenciada, pero no completamente exclusiva ni excluyente. Tiene un referente compartido por otros sectores sociales por medio del que se generan múltiples relaciones, en las que no solo se ratifican como diferentes, sino que mediante la influencia mutua, en ese campo difuso en el que se encuentran y en el que diariamente se experimentan, que es la vida cotidiana, y en donde se constituyen como copartícipes, se pueden considerar “semejantes”. La cultura, desde esta perspectiva, genera una identificación más “estrecha” entre “algunos” pero, además, genera esas otras identificaciones generales más “laxas”³ que forman parte de las identidades nacionales amplias y compartidas.⁴ De otro modo, no podría explicarse tanto la “diferencia” como las “identidades” de unos con otros. Y esto porque las culturas forman parte de un entramado social en el que existen y se mantienen relaciones entre sí. Aunque sea de paso, vale la pena recordar que esto es así porque una estructura compleja de relaciones culturales diversas generalmente se mantiene bajo el referente hegemónico de una cultura dominante.⁵ Razón por la cual, todas ellas pueden explicarse únicamente como parte de un entramado que, finalmente, está articulado a la dominación y, por ende, al poder (Bourdieu, 1979, 1980, 1983).

Existe, en efecto, una cultura dominante y otras –como en el caso ecuatoriano– dominadas. Y esta situación ha generado resistencias, luchas, diferencias, pero también identidades culturales entre dominantes y dominados. Se trata de una estructura (una gama de relaciones en donde los actores ocupan posiciones diferenciadas) que ha atrapado tanto a unos como a otros. Gracias a esta circunstancia se ha legitimado el poder, pero también la cultura dominante y el rol subalterno de las “culturas” dominadas.

ETNICISMO Y VISIÓN DE UNA CULTURA AUTÓNOMA

En el caso ecuatoriano, sin embargo, la “cultura de los sectores indígenas” ha sido analizada únicamente desde la exclusión, como resultado, en buena medida, de una lectura histórica estrecha enfocada solo desde “lo propio”, desde la “diferencia”, que alude también a la “resistencia”, a la “lucha” por mantenerse y distinguirse (de la “cultura dominante”), lo que impide establecer el conjunto de identificaciones que la cultura crea con otros sectores so-

ciales.⁶ Fenómeno, este último, que sin duda es “real” pero, como todas las verdades a medias, parte de una lectura parcial de la cultura que se ha trasladado al tema de las nacionalidades. Desde esta lectura parcial, se ha supuesto que la cultura indígena es propia de los sectores indígenas del Ecuador. Es la parte esencial de su identidad. Esta lectura ideológica, y que forma parte de las “invenciones sociales” de época, estima que una cultura (en este caso la cultura indígena como un referente homogéneo)⁷ poco o nada tiene que ver con las otras culturas, en tanto aquella se basa fundamentalmente en la tradición y en la costumbre.⁸ Para lograr esta preeminencia se ha hecho un desplazamiento discursivo que refuerza esta exclusión: se considera que las relaciones de la cultura indígena (y de ciertas culturas) son “externas” a otras y, en un nuevo ajuste de cuentas, se estima que esta situación debe leerse como “exterioridad”.

Al hacer estos dos desplazamientos imperceptibles se logra tener una imagen teórica de la cultura como una totalidad, “única”, “homogénea”, “diferenciada”, que se relaciona externamente, exteriormente, con otras. Y en la que, evidentemente, las determinaciones “internas” pasan a ser fundamentales, cuando no las únicas, mientras que las relaciones “externas” no son determinantes. Por este camino, como es natural, se vuelve a las dicotomías mutuamente excluyentes que impiden un acercamiento adecuado a la cultura, a partir de la vida cotidiana, que supone relaciones múltiples y complejas entre distintos sujetos (en la medida que sus experiencias (Shultz, 1958) se entrecruzan) en un conjunto de prácticas (incluidas las laborales), situaciones y encuentros sociales (Goffman, 1976) en los que reproducen y reinventan sus tradiciones, costumbres, hábitos, sistemas de creencias y horizontes en tanto marcos a los que se refiere la acción social (Goffman, 1980).

Ahora bien, una de las consecuencias de esta forma de entender la cultura tiene relación con la manera de concebir las nacionalidades. En efecto, en la medida que la cultura es única, homogénea, sirve de fundamento a estas últimas. Más aún, es el elemento básico que da soporte a las identidades nacionales. Las nacionalidades como las identidades sobre las que descansan se basan en una concepción de cultura exclusiva, excluyente, que es entendida como lo “específico” de las nacionalidades y que, por lo tanto, traslada esta visión a aquellas. De ese modo, amparada en una visión excluyente de cultura se ha logrado constituir ideológicamente grupos “nacionales” mutuamente excluyentes entre sí y el resto de la sociedad, que son las denominadas “nacionalidades”. Este último punto merece algunos comentarios.

La nación es una invención dieciochesca, aunque en su acepción original se la pueda rastrear tiempo atrás. Forma parte de esas invenciones que constituyeron la ideología de la burguesía en ascenso. Para consolidarse, ésta debía crear, en efecto, un referente imaginario en el que podía ubicarse. Desde esa perspectiva, la nación era la consecuencia de un Estado en donde la burguesía era dominante políticamente y a partir del cual aspiraba a consolidarse socialmente. La nación es una creación ideológica que da soporte a la imposición de una cultura dominante ligada a la emergencia de las elites ilustradas y de la burguesía. Después de más de dos siglos parece, en todo caso, que ya no es necesario recurrir a este esfuerzo de imaginación política. La nación, así entendida, ya no es indispensable para servir de soporte al Estado. El Estado ya no requiere de la nación.

Ahora bien, así como la nación fue una creación ideológica de un sector social en ascenso (las elites ilustradas de la naciente burguesía), ahora se trata de modificar o sustituir a la vieja nación por una “realidad” más compleja en donde puedan caber un conjunto de nacionalidades. Se trata, en todo caso, de una invención de los grupos sociales en ascenso (en este caso, el movimiento indígena) en la perspectiva de imponer, a través del Estado, una concepción distinta de sociedad, que de hecho se estructura en base de la diversidad y la complejidad. Gracias al Estado y la ley, en efecto, se han logrado “reconstruir” las nacionalidades indígenas en el Ecuador (las cuales, dicho sea de paso, en menos de una década, han pasado a ser más de veinte).

Esta “reconstrucción”, sin embargo, es eminentemente política y cumple la función de articular a ciertos sectores indígenas desde la política y el Estado. Es una “ficción compartida” y aceptada socialmente. Apunta a sustituir la vieja concepción de la nación por una versión distinta, más “moderna”. Ahora bien, esta ficción ha servido para que se refuercen ciertas posiciones que tienen su punto de partida en una concepción de cultura.

En la medida, en efecto, que la cultura es la base de las nacionalidades, éstas –como ficciones políticas– han sido concebidas como homogéneas, diversas, excluyentes. Más aún, ha sido desde esta exclusión y ficción que se ha generado una ideología de las nacionalidades que, a su vez, ha reforzado una concepción de cultura bastante angostada. Dando origen así a un círculo acumulativo y mutuamente condicionado de referencialidad convergente en el que la cultura sirve de base a las nacionalidades y éstas a su vez sirven de soporte a la cultura. Con ello se ha llegado a acentuar esta visión anclada en lo

diferenciado, en lo excluyente, en lo no compartido, es decir, se ha negado las múltiples relaciones y determinaciones a las que están sujetas las culturas y, por ende, las nacionalidades. En otros términos se ha reforzado una visión estrecha de la cultura, tanto como de las llamadas nacionalidades que, desde ese momento, está cercana al concepto de lo fijo y fijado ancestralmente.

Como se puede deducir, uno de los resultados de esta situación ha sido el afianzamiento de una ideología consumida por el movimiento indígena en la que los indios son distintos, diferentes, y que están enfrentados a una sociedad que es esencialmente diferente, con la que poco o nada tienen que ver y con la que están opuestos y en una relación de contradicción abierta o latente. En la cima de esta construcción está apostada la idea de que los indios y el pensamiento indígena son “completamente diferentes” del resto del país, en tanto exponentes de una cultura diversa, un sistema de creencias y una diversa concepción del mundo. En otras palabras, en un “cuerpo ideológico” en el que se han mezclado, reeditando, las oposiciones binarias de carácter homogéneo, además de un sinnúmero de aspectos que han adquirido un estatuto altamente relevante y representativo para los indios y en el que se subraya que el pensamiento indígena (la “mentalidad indígena”) es opuesto al pensamiento no indígena que –por desplazamiento discursivo– se ha identificado, a partir de este punto, como lo “occidental”. Gracias a toda esta mezcla se ha ido perdiendo de vista lo que era fundamental: la estrecha concepción de cultura de la que se parte y la que, por sucesivos desplazamientos, ha terminado angostándose aún más.

Dentro de las finalidades de este trabajo no se pueden analizar el conjunto de implicaciones de una postura de esta naturaleza, pero se pueden hacer algunas anotaciones “de pasada” en relación a este punto.

La cultura como “realidad” se ubica más allá y más acá de la política. Las nacionalidades como la nación, se ubican en la política. Por lo tanto, al hacer el entrelazamiento entre cultura y nacionalidades se ha logrado reforzar una determinada visión de la cultura desde la política, desde el Estado y desde la ley. (Dicho sea de paso es por esta razón que la lucha legal se ha convertido en muy importante para el movimiento indígena y para la denominada cultura indígena). Desde la política se ha buscado “reforzar” las culturas y las “nacionalidades”. La política en toda esta perspectiva ha terminado siendo una pieza “nodal” en toda esta estrategia discursiva.

Ahora bien, al convertir a la política en un determinante de la cultura se están produciendo varios hechos paradójicos. De una parte, por esta vía, a pretexto de “defender”, “proteger” las culturas indígenas, se está fortaleciendo la concepción estrecha de la misma, anclada en una visión esencialista que descansa en lo tradicional, la herencia del pasado, que se expresa en sistemas de creencias y visiones del mundo excluyentes. De otra parte, al adjudicarle a la política el rol de “proteger”, por ejemplo a la culturas “autóctonas”, se ha empezado a pedirle a aquella, es decir a un conjunto de relaciones sociales “externas” al campo de la cultura, lo que en la práctica social se niega. En el campo de la cultura –como se ha mencionado– se ha resaltado que las relaciones “externas” no afectan a la base del sistema de creencias que se han mantenido y resistido históricamente. No obstante, cuando se liga la cultura con la política, se enfatiza que esta relación es necesaria bajo el entendido de que puede contribuir a que los “impactos externos” no sean tan acentuados, ya que de otro modo las culturas tradicionales corren el riesgo de desestructurarse. Lo que supone no solo reconocer las múltiples relaciones de una cultura con otras, sino adjudicar a la “superestructura” lo que se niega a la “base”, con el agravante de que a través de esta estrategia se está contribuyendo, al parecer, a la desestructuración cultural de los sectores indígenas. Esto último porque la introducción de políticas que están ancladas en una visión que si, no es civilizatoria, en no pocos casos es francamente modernizante (esto se puede observar en el tema de la educación bilingüe).

Con estos comentarios se quiere insistir, en todo caso, en que la cultura no es algo dado, existente desde siempre, fijo y fijado a través de la historia, como una esencia que se mantiene incólume en el tiempo. Esto es una ficción que sirve de soporte a la ficción de las nacionalidades. También se puede observar que entre una y otra (entre las culturas y las nacionalidades) existe un mutuo condicionamiento que, en el Ecuador, ha contribuido a afianzar una visión angostada de ambas. Se puede apreciar, así mismo, que la gama de relaciones en las que se inscriben el “mundo de la vida” como parte del “sistema mundo” son también políticas, lo que pone en evidencia que la política forma parte de la cultura (así como toda la estructura de poder, en la medida que se está sujeto a un proyecto moral dominante), en una relación fundamental en la que implícitamente se reconocen las múltiples determinaciones e influencias (externas e internas) a las que aquella está sujeta.

Esto apunta a destacar que las relaciones que se niegan en términos culturales con el resto de la sociedad se han tratado de introducir por la ventana,

es decir, por medio del Estado, y de la política, en tanto representante amorfo de todos y de nadie. También apunta a destacar que una lectura de la cultura basada en esta concepción de lo “étnico” impide, como queda dicho, comprender las relaciones culturales del sector indígena con otros sectores sociales, lo cual, a la postre, termina siendo más “reaccionario” que las posturas contra las cuales se levantó como una demanda justa y una reivindicación de “avanzada”.

Ahora bien, ¿por qué se recurre a la política y al Estado? Como ya se ha señalado, con el objeto explícito de lograr un estatuto especial al tratamiento de las culturas y las nacionalidades que les permita que sean reconocidas por el resto de la sociedad, pero, sobre todo, protegidas. En otros términos, porque políticamente se acepta lo que se niega a nivel de la estructura social: que las culturas dominadas (entre ellas, las indígenas) están siendo arrinconadas por una cultura dominante que se está imponiendo a toda costa y está produciendo su dislocación. Esto último es bastante obvio, aunque —como se ha destacado una y otra vez— esconde varios contrasentidos.

¿JUSTICIA INDÍGENA EN UN ESTADO LIBERAL?

Más allá de esta idea implícita, se debe reconocer que basados en la cultura y en las nacionalidades, tal como éstas han sido generalmente entendidas, los indígenas, al parecer, tienen “derecho” para administrar su propia justicia. ¿Qué significa esto? ¿Cómo entender el tema de la justicia indígena? ¿*Deben los indígenas administrar de forma autónoma la justicia?* Antes de contestar esta pregunta conviene tener presente que en este ámbito se confunden varios órdenes de problemas, razón por la cual es necesario (como hemos hecho a lo largo de todo este trabajo) dar un rodeo para contestarlas eficientemente.

Para empezar, resulta indudable que las culturas arrinconadas y en proceso de extinción, al igual que los “pueblos” que los representan, deben ser protegidos por el Estado (por ejemplo, los pueblos cofanes). Para ello, se deben generar estatutos específicos que permitan cumplir esta finalidad, justamente porque la cultura no es autónoma y excluyente, sino que está entrelazada con otras culturas y estructuras de poder del que todas ellas participan. Este estatuto de protección no es, sin embargo, suficiente. Es necesario avanzar en la definición de un estatuto sobre la cultura indígena ya no solo en términos negativos sino positivos, reconociendo la naturaleza de estas relaciones culturales.

La cultura, en efecto, como todo orden social compartido, supone un conjunto de normas en las que se inscribe la acción. Estas normas que regulan la vida cotidiana (y van desde la manera de hablar, comer, vestirse, dormir, hasta amar, o sea, definir las alianzas y los desencuentros amorosos), son parte de ese ámbito simbólico práctico que está sujeto a un permanente cambio a medida que se reproduce. Este orden supone, entre otras cosas, la definición de papeles, roles, actitudes, *habitus* (Bourdieu, 1980), diferenciados para cada uno de sus miembros y de todos ellos respecto de los demás actores y clases sociales. Si es que se constituye un ordenamiento legal específico en torno a la cultura indígena, parece que éste debería orientarse a “re-ordenar” y “re-inscribir” estas relaciones en el marco que regula las relaciones de los sectores indígenas con el resto de la sociedad, de manera que quepa ahí lo que la vida cotidiana de los indios “aporta” o “excluye” al conjunto de la sociedad en términos de la cultura.⁹ Esto parece altamente interesante, y puede ser parte de la lucha por lograr equidad social para los sectores indígenas. No obstante, cuando se habla de equidad vinculada a la justicia indígena no se entiende esto, de hecho se apunta a otra cosa.

Fundamentalmente, se entiende que se garantice, a través de la ley, la persistencia de relaciones sociales diferentes, autónomas. Se busca garantizar por medio de la ley las “culturas” indígenas como “cosa aparte”. Para lo cual se requiere, supuestamente, una administración autónoma de justicia porque ésta es la condición para que ello sea posible. Ahora bien, ¿es adecuado esto?, ¿es posible? ¿Después de transar con una estrecha concepción de cultura no se está llegando a un punto extremadamente problemático tanto para la sociedad ecuatoriana, como para los propios sectores indígenas?

Para poder contestar estas preguntas conviene resaltar varios hechos. Es indudable que es fundamental lograr una mayor equidad cultural, política y económica de los grupos indígenas con el resto de la sociedad, justamente por su papel dominado en la estructura social. De ahí que, para garantizar su supervivencia, se deba contar con un marco normativo específico, ya que ello posibilitaría mantener las diferencias culturales y nacionales, y contribuiría, además, a hacer realidad el ideal de justicia social que ha sido negada históricamente para este sector. La equidad debe ser un tema que informe la política estatal y la acción de la sociedad civil. Este punto, sin embargo, merece algunos comentarios.

Las elites ilustradas (y el debate sobre la ley indígena es un ejemplo del papel de las elites en el Ecuador, cualquiera sea su condición social, es decir, sean indias, blancas, mestizas o como quiera llamarse),¹⁰ han estimado que la realidad social se puede modificar desde la ley. Ésta ha sido una aspiración liberal, pero también de los viejos y nuevos socialistas, como epígonos furiosos del liberalismo. No en vano se encaramaron en la contienda política y al fragor de la lucha, de la revolución, de la asonada, del cuartelazo, de la Asamblea Nacional, trataron de imponer un marco jurídico que cambiara la situación de clases existente en el país. Esta alternativa dio algunos frutos pero, como es natural, la realidad fue siempre reacia a este tipo de “reforma”, y se fue por su propio camino, forjando las desventuras sociales que los ilustrados liberales y socialistas no pudieron comprender. En otras palabras, la ley “corrige”, “modifica” los problemas sociales, pero no es suficiente. Al menos no lo puede hacer completamente si es que no existe un acuerdo social sobre el sentido de las reformas que está más allá y más acá de la ley. La ley no es autosuficiente, ni siquiera es suficiente como lo saben, con dolor y tristeza los jueces de la república.

Estos acuerdos sociales sobre la equidad (de la que forman parte “cultura” y la “vida de los indios”) que se forman allende las fronteras que la ley, y el ordenamiento jurídico, traza, solamente se pueden lograr en la medida en que se conviertan en reivindicaciones “impuestas” o “compartidas” socialmente. En el primer caso, mediante el ejercicio de la fuerza; en el segundo, mediante acuerdos y consensos sociales, siempre que estos no estén reducidos a la lectura instrumental que ha dominado la escena política los últimos años. En ambos casos, siempre que se pueda crear una “opinión pública” de apoyo que sirva de referente a la ley (Habermas, 1979, 1984).

Ahora bien, en el caso ecuatoriano, los indígenas y los sectores aliados consideran que esta ley puede imponerse, vía Congreso, a través de mecanismos parlamentarios que sirven para que “pasen” ciertas reformas. Independientemente de que esta vía es abiertamente antiliberal, no se diga de avanzada, a pesar de que ha sido ampliamente usufructuada por los grupos “progresistas”, lo cierto es que una estrategia de esta naturaleza ha contribuido a bloquear un debate que tímidamente se ha inaugurado en el Ecuador. Y que, justamente, debe desbloquearse para que se pueda formar una opinión pública que sirva de base para generar acuerdos, que creen las condiciones para hablar abierta y públicamente de equidad y justicia en relación al mundo indígena. Sin una opinión pública a favor de estos temas, estos ideales no van a ser

aceptados y reconocidos como necesarios y, por tanto, no se va a dar paso a las reformas que se demandan.

Complementariamente a esta demanda por la equidad social, de la que forma parte la llamada “justicia indígena”, quedan otros aspectos políticos en torno a esta problemática que merecen ser considerados y que constituyen un apéndice de las anteriores observaciones. Es indudable que la formación de una amplia opinión nacional debe servir de base para que las reformas en torno a la justicia indígena ganen el favor de los distintos sectores sociales, a pesar de que, finalmente, se requiera una dosis de fuerza para que éstas se impongan porque, la opinión pública nunca es suficiente por sí misma para que la política tome un curso distinto (a menos que se caiga en la utopía de los liberales a ultranza, entre ellos el propio Habermas, 1994). No obstante, se debe tomar en cuenta también que la “justicia indígena”, aunque puede estar contenida en un estatuto especial que trate un conjunto de temas de orden práctico, debe afectar a todo el sistema jurídico.

Al respecto, se debe recordar que si algo nos ha enseñado el largo debate sobre “género”, es que éste es un problema transversal que afecta a todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Igual cosa se puede decir en torno a la justicia indígena: si bien es positivo un ordenamiento específico sobre determinados tópicos, el tema de justicia y, más que nada de la equidad (que está por encima y debajo de la ley) debe integrarse a todo el ordenamiento jurídico. Hay que entenderlo como un tema transversal, aunque se corra el riesgo de diluirlo en un universo vasto que es inasible y, a veces, como los sentimientos de amor que desatan las novelas románticas, resulta inalcanzable.

De otra parte, se debe tomar en consideración una pregunta no siempre definida o, al menos, oscuramente definida tanto por quienes defienden como por los que atacan la Ley de Justicia Indígena que, entre otras cosas, ha tenido el mérito de desatar ciertas problemáticas y resaltar no pocos asuntos oscuros sobre la cultura y la justicia.

Cuando se habla de la justicia indígena se argumenta desde la identidad de los pueblos indígenas, basados en una cultura exclusiva, no compartida con el exterior sino al interior de los grupos indígenas. Esta identidad hace relación con las nacionalidades, pues es el soporte de éstas últimas. Ahora bien, se entiende a las nacionalidades del mismo modo que la cultura: como encerradas en sí mismas, internamente referidas, de ahí que se pueda hablar de un

sistema de administración de los justicia autónomo e independiente, particular para los sectores indígenas. Lo curioso es que se supone, además, que la ley, la justicia indígena, como estatuto jurídico especial, de hecho va a servir no solamente para garantizar la equidad sino para sostener y garantizar la supervivencia de las nacionalidades. Esto abre la puerta para debatir algunos asuntos importantes relacionados con el tema.

Cuando se plantea la “Ley de Administración de la Justicia Indígena” resulta obligatorio pensar que ésta ha sido concebida con una intencionalidad específica: superar la nación homogénea y única que sirve de soporte al Estado nacional. No obstante, aunque por éste y otros mecanismos se busca superar esta concepción, de alguna manera se tiene la impresión de que se trata de reforzar, a partir de la ley, las nacionalidades como el verdadero soporte del Estado moderno. Sin embargo, aquí caben algunas incógnitas.

Las nacionalidades como creación ideológica de los sectores dominados no necesitan del Estado para existir, a menos que se consideren como otra de las ficciones a las que deben recurrir ciertos grupos para garantizar su pervivencia. Entre otras cosas esto significa que las diferencias entre los distintos “pueblos”, “nacionalidades” y “etnias” en relación al conjunto nacional no se logra mediante la intervención del Estado. Éstas existen antes y por encima del Estado. Si es que se busca, por tanto, garantizar la pervivencia de las nacionalidades por medio de un ordenamiento jurídico, se debe señalar que ésta es una condición importante, pero no la única y seguramente no la fundamental, que seguramente se ubica en eso que podríamos llamar la “fuerza de las propias nacionalidades”.

Tanto el tema de la equidad como de la cultura y los estatutos de las nacionalidades son, en todo caso, un tema de Estado que no se resuelve, sin embargo, en las propias nacionalidades. Esto quiere decir que, para que la equidad social, la protección a las culturas y a los grupos étnicos, sea impuesta al conjunto de la sociedad, se lo debe hacer mediante un ordenamiento jurídico que debe ser ejecutado desde el Estado o, si se prefiere, de acuerdo a la nueva forma de Estado a la que se apunta en el Ecuador. Es un tema de Estado. Debe ser manejado desde esa perspectiva. Por lo tanto, debe recurrirse abiertamente al Estado, ya que el tema de “justicia indígena” se ubica en la esfera de la “justicia social” que constituye la finalidad del Estado liberal. A menos –y esto es absolutamente fundamental– que se considere que no debe existir el Estado o que la justicia no deba pasar por el Estado sino por la sociedad civil,

como representante de lo público allende las fronteras estatales. Sobre estos temas conviene referirse en este último punto.

DE LA SOCIEDAD CIVIL A LA “SOCIEDAD PÚBLICA”

En su versión liberal, el Estado es una creación social que tiene “razón de ser” en la medida en que su acción, supuestamente, se orienta al interés del conjunto de toda la sociedad. Esta utopía, tan cuestionada por el marxismo, abre las puertas a que la ley rija para todos y no sea exclusiva para determinados sectores sociales. En realidad, el paso del Estado moderno al Estado liberal supuso la ruptura de una concepción de la ley corporativa que defendía intereses particulares de los burgueses, artesanos, la nobleza no terrateniente, los siervos enfeudados, los banqueros, los comerciantes de las grandes casas de comercio y contratación, etc... Es una expropiación de los sistemas jurídicos privados y, al mismo tiempo, una apropiación y concentración en el Estado contemporáneo que lo emplea en función del denominado “interés general” (Bourdieu, 1996). Esto quiere decir que en el Estado, o si se prefiere en el sistema jurídico, se inscriben y tienen que inscribirse los intereses particulares, para que no se vuelvan atentatorios a los intereses de otros particulares. El sistema jurídico expresa un referente universal normativo. De no procederse de este modo, de no inscribirse en este referente universal, se corre el riesgo de reinaugurar otra suerte de Estado corporativo, tan cercano en esta versión a la defensa de las nacionalidades y de los viejos nacionalismos.

Esto último, sin embargo, abre un problema de fondo. ¿Quién administra la justicia? En otras palabras, *¿se puede administrar la justicia a partir de las nacionalidades (indígenas)?* Este es un tema que merece mayor debate. No obstante, tal como se ha señalado anteriormente, aquí caben tres respuestas distintas. La primera destaca que el Estado, y sus instancias centrales o descentralizadas, debe ser el encargado de esta “función”, si es que se reconoce la pervivencia de éste último. Esto quiere decir que el Estado debe ser el responsable de administrar la justicia tanto en el ámbito “privado” como “público”. Ésta es una función que, al parecer, resulta bastante obvia. Sin embargo, la pregunta que ronda este debate y que supone la pregunta anterior es ¿por qué la administración de justicia no la pueden asumir los propios grupos, las nacionalidades indígenas? En otras palabras, ¿se puede generar un estatuto específico de administración de justicia para determinados sectores (indios y negros) y pueden estos sectores, por su condición “étnica” basada en la cultura

y en identidades culturales, administrarla por su cuenta? Esto abre las puertas de una segunda respuesta.

Para poder entender su dimensión conviene tener en cuenta que la ley estatal puede imponerse dado su carácter universal, justamente por la diversidad de sectores que conforman la estructura civil y política de la sociedad. El Estado liberal, en esta versión, es la única instancia que debe administrar la justicia. Ahora bien, si se sostiene que el Estado liberal es el único que, en todos los niveles en los que se estructura la administración de justicia, debe administrarla, de hecho excluye que sean los sectores indígenas los que administren “su propia justicia”, aún en los niveles más “bajos”. A menos que sean parte del sistema estatal de justicia y estén estructurados en sistemas estatales (no quiere decir que estos ya existan) destinados a cumplir esta función.

No obstante, al hacer esta diferenciación en “niveles” es posible plantear una pregunta específica: ¿puede la sociedad civil administrar la justicia? La respuesta es que en casos específicos se puede trasladar ciertas instancias de lo estatal a la sociedad civil en tanto exponente de lo público, cuando la sociedad civil pueda generar un marco jurídico que parta del reconocimiento de la universalidad de los derechos ciudadanos. Esto es lo que, en la práctica, ha sucedido al delegar funciones estatales a la sociedad civil, en el tema de la seguridad ciudadana, por ejemplo.¹¹

Esto se debe a que la sociedad civil, como tal, puede asumir lo público, que antes pertenecía al Estado, porque ella misma puede constituirse en exponente de lo universal, aquello de lo cual el Estado declara ser garante. Obviamente, en su versión más radical, ello supone negar la necesidad del Estado a instancias de la propia sociedad organizada. De todos modos, esto último implica una tercera respuesta posible. Y es que la sociedad civil como exponente de lo público puede ir expropiando, sino de una vez (como plantea la teoría de revolución), las funciones del Estado para asumirlas directamente, lenta y sistemáticamente por medio de un “proceso de acumulación de funciones estatales en la esfera pública que la sociedad representa. Lo cual daría origen a formas distintas a las que existen actualmente de Estado y de sociedad civil, en donde la sociedad civil no detenta las funciones estatales porque éste las ha expropiado en interés de lo público que dice representar. Más que en sociedad civil que manifiesta el orden privado, ésta se constituirá, entonces, en “sociedad pública”, con lo cual se podrá administrar realmente la justicia y, por este medio, superar los determinantes que definen al Estado, como representante de determinadas clases e intereses de clase.

Aclarados estos puntos que son los ejes centrales de este trabajo, para lo cual se ha hecho una disquisición que para muchos puede resultar inútil, farragoza y oscura (por lo cual se pide disculpas al lector), resta un último punto que debe ser discutido y que pone en evidencia las consecuencias de esta propuesta. ¿Es posible que por sí mismos los indígenas administren su propia justicia?

Siguiendo los presupuestos anteriores aquí caben varias respuestas. Si se considera que el Estado liberal, tal como existe, es el único que debe administrar la justicia se debe partir del hecho de que los indígenas están atrapados por formas específicas de mantener los “órdenes sociales” que definen su cultura. Éstas tienen que ver con una infinidad de aspectos que estructuran la vida cotidiana que, en conjunto, está altamente ritualizada. Supone —como se insinuó anteriormente— normas que van desde las maneras de mesa, hasta las formas en que (dentro del derecho existente) se mantiene la sucesión y se optan las alianzas matrimoniales. Son formas civiles, que tienen sanciones civiles, que están más allá de la ley general, en la medida en que son parte de las normas sociales que estructuran una cultura. Ahora bien, ¿cómo entender la administración de estas normas? ¿Se juzgará a los partícipes reglamentando estas normas por la tradición?, ¿lo que es derecho consuetudinario se hará positivo? Es un problema difícil de resolver dentro del Estado liberal, al que se pueden sumar otros muchos: ¿cómo definir las sanciones que se pueden establecer a los “vecinos”, amigos, parientes no indios que en la vida cotidiana están involucrados con los sectores indígenas?

Desde la persistencia del Estado liberal estos ejemplos ponen en evidencia los límites de la administración de justicia entendida de manera corporativa que, como se insistió antes, se puede convertir en un mecanismo que contribuiría a desestructurar las relaciones culturales que se trataban de mantener, acentuando los niveles de conflictividad entre diversos sectores sociales (“indios” y “mestizos” esencialmente). Además, se pueden generar toda clase de relaciones inequitativas con los sectores llamados no indígenas.

Todo ello apunta a destacar que, dentro del Estado liberal, el conjunto de prácticas vinculadas al matrimonio, al parentesco, a las prácticas sociales culturales específicas de carácter “ancestral”, tienen que integrarse al derecho civil general para que sean consideradas como instituciones efectivas. En este caso resulta claro, sin embargo, que para que sean recogidas en el derecho deberán partir de ese largo proceso de decantación para que puedan ser parte de disposiciones específicas dentro del reformado sistema legal. Por último, pa-

rece igualmente claro que deberán ser instancias especializadas estatales, que miren en función del interés general y no del corporativo, las que deberán ser las responsables de administrar justicia en estos ámbitos tan complejos.

Ahora bien, si es que no se parte de la necesidad de mantener el Estado liberal sino de avanzar hacia la derogación de esta forma de Estado y del Estado como tal, se debe considerar que los sectores indígenas podrán administrar sus propias formas de justicia, siempre que formen parte de la sociedad civil que ha expropiado las funciones del Estado para trasladarlas a ésta última. Y ello, porque la sociedad civil es exponente de lo público. Solamente en este caso los indios podrán (sin caer en formas neocorporativistas) administrar justicia que será ya no solamente para ellos sino para el conjunto de la sociedad civil con la que ellos tienen relación en la vida cotidiana. Será una justicia pública de la sociedad civil¹² en la que los derechos de los indios estarán recogidos y decantados como los demás derechos de los sectores sociales dominados, en el que podrán evidenciar sus formas culturales y prácticas de vida integradas a un “nuevo” sistema mundo.

En síntesis, uno de los temas complejos que se ha debatido en el Ecuador en los últimos años es el de justicia indígena. Esto se debe a que el debate y la propuesta presentada a consideración del país por las elites ilustradas está atravesada por una concepción “etnicista”, anclada en la idea de una cultura autónoma e independiente que sirve de soporte a las nacionalidades y que puede dar paso, a formar un orden social independiente y, por ende, una justicia independiente. Se trata, en todo caso, de una visión discutible de la cultura, de la etnicidad, de las relaciones sociales, que conduce necesariamente a una reedición de un Estado corporativo y de una visión corporativa de la sociedad. Este trabajo debate cada uno de esos puntos y establece una serie de consideraciones que apuntan a introducir un conjunto de ideas en torno a estos temas. Pero, además, introduce una serie de puntos en relación a la justicia indígena, en donde se plantea la forma en que la sociedad civil (y los indios como parte de ella), puede irse apropiando de las funciones del Estado, para administrarlas directamente.

Como se decía al comienzo será bastante estimulante si es que estas ideas se toman en cuenta y si, más adelante –dentro de la visión romántica de las cosas–, se las insufla de vida para poder olvidarlas plácidamente. Esto último, en el sentido de superarlas histórica y políticamente.

Notas

- 1 Sin pretender discutir abiertamente, conviene recordar que Wallerstein distingue dos usos de cultura: I, la cultura como una serie de características que distinguen a un grupo de otro; II, la cultura como una serie de fenómenos que son diferentes de otra suerte de fenómenos (más refinados que estos) dentro del mismo grupo. En esta segunda acepción la cultura parece ser una máscara ideológica para justificar los intereses de algunas personas (las clases altas) dentro de un “grupo” o “sistema social”, en contra de las personas pertenecientes al mismo grupo (Wallerstein, 1999: 167-169).
- 2 De hecho O’Gorman, en su clásico trabajo sobre la invención de América se había negado a tratar de qué modo el ser “moral” de este continente suponía una invención de las relaciones sociales y de las significaciones alrededor de las cuales los “seres” de este continente se constituyen. Al respecto, había dicho que abre “la posibilidad de una nueva investigación que, tomando en cuenta los resultados a los que hemos llegado, nos enseñe en qué consiste el ser de América y, que por lo tanto nos entregue la clave del significado de su historia y destino”. E inmediatamente había concluido que “semejante investigación excede, sin embargo, los límites de este libro...” (O’Gorman, *La invención de América*, 1976: 136). Ello no impide, en todo caso, que consideremos a la clasificación de estos seres como invenciones sociales (culturales) a partir de la cual se fue definiendo su historia, entre ellos los “blancos”, los “mestizos”, los “indios”. (Véase, O’Gorman, Edmundo, *La invención de América*, Tercera Parte, FCE, 1976; Gruzinski, Serge, *El pensamiento mestizo*, Paidós, 2000).
- 3 Vínculos “estrechos” y “laxos” no deben ser tomados en su oposición o como parte de una diferencia absoluta porque eso sería volver a la divisiones y clasificaciones binarias y anti-téticas de la realidad social.
- 4 Como el lector podrá darse cuenta, en este punto se han tomado como referente las metáforas que utiliza Schultz (1960) en su caracterización del “mundo de la vida”.
- 5 De acuerdo con Gramsci el concepto de “hegemonía” apunta precisamente a resaltar la “cohesión” y el “consenso” moral de un sector sobre la “sociedad civil”, tarea que es “comisionada” a los intelectuales que, por esa razón, adquieren la categoría de “orgánicos” que son reconocidos como los portadores de esta hegemonía social, es decir, son reconocidos como tales. Cuando falta ese reconocimiento de la sociedad civil respecto de este grupo puede dar origen a una “dominación sin hegemonía” (Guha, 1992: 231-232), o a una crisis social.
- 6 Aunque parezca libresco conviene hacer una distinción entre identificaciones sociales que crea la cultura y las identidades. El uno, en nuestro criterio alude a las “generalidades” compartidas entre las prácticas culturales de los distintos sectores sociales, el otro, a las “particularidades” de un sector social.
- 7 Esta idea de homogeneidad merecería más de un comentario. No es el tema de este trabajo, por lo cual será mejor dejarla para otro momento. Valga la pena destacar, sin embargo, que se trata de una construcción de carácter ideológico.
- 8 Aunque Melucci reconoce que el “colectivo contemporáneo hace concurrir múltiples sentidos, los legados del pasado, los efectos de la modernización, las resistencias al cambio”, de hecho reconoce el “derecho de las culturas a preservar y desarrollar sus raíces autónomas”. (Melucci, 1999: 16).

- 9 Sobre este punto se podrían hacer un conjunto de observaciones, pero como no es el objetivo de este trabajo, vale postergar para otro momento este debate.
- 10 La propuesta de Ley de Funciones de Justicia de la Autoridades Indígenas del Ecuador, fue redactada, luego de un proceso de consulta a los sectores indígenas, por tres profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar, si bien más tarde, fue acogida por la dirigencia indígena, es decir, por la elites que controlan el movimiento indígena para, más adelante, ser asumida tímidamente por éste último.
- 11 Independientemente se pueden transferir a la sociedad civil “los tribunales de protección especial”, a pesar de que, por experiencia histórica, es indudable que deben ser cuidadosamente evaluados en cada caso, porque se pueden reinagurar sistemas corporativos de justicia destinados a grupos específicos.
- 12 Foucault, en su debate con los “Maos”, ponía serios reparos no tanto a este planteamiento, sino a la conformación de la figura del “tribunal popular”, en tanto tribunal. Sin embargo, parece que ya es tiempo de repensar su propuesta y sus objeciones desde otro punto de partida (Véase, al respecto, Foucault, Michel, “Sobre la justicia popular”, en *Microfísica del poder*, Ed. De la Piqueta, 1989).

JUSTICIA Y DERECHO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

*Galo Galarza Paz**

¿QUÉ ENTENDEMOS POR JUSTICIA?

En forma cotidiana se escucha calificar de justo o injusto a un hecho, a un acto, que emana del hombre, de la naturaleza e, incluso, de Dios. Así, solemos oír: ¡Qué injusta es la naturaleza!, cuando al desbordarse un río arrasa con casas, animales o sembríos y causa la muerte o desolación de muchos seres humanos. ¡Qué injusto es Dios!, cuando se muere un tierno hijo o se tiene que amputar los dedos de los pies a un andinista. Pero desde el punto de vista jurídico, la justicia sólo podemos exigir a los hombres. Ésta es una primera premisa que debemos tomar en cuenta. La justicia ha sido examinada por las corrientes del pensamiento jurídico desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo.

EL SUBJETIVO

Según este punto de vista, la justicia es un concepto puramente subjetivo o emocional. Según el autor austríaco Hans Kelsen, una cosa es justa o injusta únicamente para el individuo frente al cual existe la correspondiente norma de justicia, y tal norma tiene existencia solo para aquellos que, por una u otra razón, desean lo que la misma prescribe.

La justicia es una noción que cae fuera del conocimiento, ya que entraña un principio que protege determinados intereses, precisamente aquellos que quien juzga estima dignos de protección. Pero el criterio para decidir qué intereses deben tutelarse y cuáles deben sacrificarse apunta al conflicto sobre

* Doctor en Jurisprudencia. Ministro juez de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

los valores, y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional.

La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por valores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esta significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y, en este sentido, es relativo.

Hay dos ejemplos clásicos que demuestran que la justicia es puramente subjetiva. El uno: naufraga un barco en el que navegan varias personas con diferentes edades y diferentes condiciones intelectuales, y solo hay una tabla a flote que permite salvar a un náufrago. ¿Quién tendrá preferencia?: ¿El más joven porque le esperan probablemente más años de vida? ¿El más útil para la sociedad? ¿El más inteligente?

El otro ejemplo: se declara un incendio en una casa y en tal situación hay que elegir entre salvar a un anciano, con cáncer terminal que está al borde de la muerte, o impedir la destrucción de una valiosa obra de arte. ¿Cuál será la decisión justa en el uno y en el otro ejemplo? Si hacemos una encuesta, lo probable es que haya tantas respuestas diferentes cuantos son los encuestados. Para exagerar el subjetivismo, hay un dicho popular: cuando están reunidos dos abogados, hay tres opiniones sobre la justicia de una cosa.

EL OBJETIVO

Muchos pensadores, empezando por Sócrates, han intentado e intentan superar el puro subjetivismo y encontrar un fundamento objetivo y válido para todos sobre el ideal de justicia; esto es, que la justicia vale por sí misma, independientemente de lo que al respecto queremos o pensamos. Como observa el filósofo uruguayo Juan Llambias de Azevedo, el hecho de que existan opiniones divergentes sobre el concepto de justicia, prueba que los hombres intentan descifrar su verdadera esencia. Sería, por cierto, una argumentación evidentemente errónea aquella que, partiendo de la situación indiscutible de que hay distintas opiniones sobre la esencia de la vida: unas mecanicistas, otras organicistas y otras vitalistas, concluyera que no existe la vida ni los seres vivos.

La justicia tiene un ser que se impone a la conciencia, que no es una creación de la fantasía, ni una mera expresión del arbitrio o del deseo. Una noción adecuada de justicia no puede reducirse a ser algo que simplemente

traduzca los deseos o los intereses egoístas de la persona que, en cada situación, emita un juicio sobre la aplicación de tal noción a su propio caso, ya que la justicia obliga a sacrificar, en menor o en mayor grado, los deseos o los intereses de los individuos.

Por otro lado, puesto que la justicia es una virtud, en otras palabras, un hábito moralmente valioso, por necesidad tendrá un carácter esencialmente antiegoísta, o como dice Giogio del Vecchio “metaegoísta”. En estas condiciones, entraña elevación, generosidad y nobleza; exige, por tanto, renunciaciones, fijación de límites a las actividades y deseos. No puede, en consecuencia, admitirse que el concepto de justicia esté determinado por un concepto subjetivo o emocional de la persona, deseo que será casi siempre, o con la mayor frecuencia, egoísta.

ANÁLISIS OBJETIVO DE LA JUSTICIA

El primer paso para el análisis objetivo de la justicia es que ciertos criterios para configurar su contenido son prácticamente indiscutibles y de general aceptación. Estos principios son la igualdad y la proporción, que se traducen en estas premisas:

1. Los casos iguales deben ser igualmente tratados y, a la inversa, los casos desiguales habrán de ser desigualmente tratados. La desigualdad del trato debe producirse en el mismo sentido, en la misma dirección, que la disparidad que se da entre las situaciones. Por ejemplo, al delito mayor debe no solo corresponder una pena diversa, en comparación con la que se imponga al delito menor, sino precisamente una pena más grave.
2. La desigualdad del trato ha de ser, en lo posible, aproximadamente proporcional a la desigualdad que exista entre las situaciones.
3. Por otro lado, la aproximada proporcionalidad del tratamiento de casos desiguales, así como también de igualdad de soluciones, cuando ella deba ocurrir, han de subordinarse, además, al criterio de la igual dignidad que por su carácter de persona tienen todos los hombres.

Recogiendo estos postulados se ha llegado a la siguiente formulación breve de la idea de justicia: “el deber de dar a cada uno lo suyo”. Por suyo ha de entenderse los bienes jurídicos que el derecho le reconoce al individuo como propios o que le pertenecen. En ello se comprenden no sólo los objetos

materiales o inmateriales susceptibles de ser evaluados pecuniariamente, sino también los bienes que por no tener traducción adecuada en dinero escapan a la esfera del patrimonio. Estos bienes extrapatrimoniales son de una naturaleza especialísima, puesto que se adquieren o pierden con independencia de la voluntad de las personas y escapan a los actos de comercio jurídico.

A diferencia de los bienes patrimoniales que constituyen lo que la persona tiene, los bienes extrapatrimoniales o personales forman en su conjunto lo que la persona es; los ejemplos más típicos de esta clase de bienes son: la vida, la salud, la integridad física, el honor, la libertad. Para determinar específicamente que es “lo suyo” hay dos corrientes del pensamiento jurídico que se han mantenido en pugna a través de la historia, pugna que se conserva en la actualidad; estas son las que propugnan el positivismo y el derecho natural.

POSITIVISMO

Para el positivismo, “lo suyo” es exclusivamente lo que reconoce específicamente la ley como propio o perteneciente a un individuo; es decir, la norma positiva preestablecida por el legislador, con independencia de si es justa o no, establece “lo que es lo suyo”. El positivismo no niega que el derecho proteja ciertos valores, pero rechaza categóricamente que pueda existir un derecho natural, puesto que el derecho es solo positivo; cierto que éste debe ajustar su contenido a determinados principios éticos o perseguir fines que estimamos justos; pero éste es un problema de política social, que no afecta al carácter jurídico de la norma. El derecho por ser injusto no deja de ser derecho. En definitiva, nadie puede reclamar como suyo algo que la ley no le ha asignado específicamente.

DERECHO NATURAL

Para quienes propician el derecho natural, lo suyo está establecido por un conjunto de normas o, por lo menos, de principios jurídicos que la naturaleza dicta o inspira a los hombres. No tiene origen, por tanto, en la voluntad normativa del poder político o autoridad. El derecho natural es un conjunto de preceptos que se imponen al derecho positivo y que éste debe respetar.

El derecho positivo está establecido y sancionado, para cada tiempo y cada comunidad social, por voluntad del legislador, que representa la volun-

tad social; se trata, por tanto, de un derecho variable, contingente; mientras que el derecho natural es un orden jurídico objetivo no procedente de legislador alguno, que se impone a los hombres por su propia naturaleza, es inmutable y conocido por la razón.

La idea del derecho natural se origina en Grecia. Fue Sócrates quien reivindicó la idea de justicia y puso las bases que desarrollaron Platón y Aristóteles respecto a que la razón puede descubrir las normas que afectan al orden natural de la vida humana. Santo Tomás de Aquino convirtió esta idea en uno de los elementos básicos de la concepción católica. Dios creador del universo, permite que una parte del orden que existe en él sea conocido por la razón, y esto constituye el derecho natural, aunque otra parte pueda ser conocida únicamente por la revelación.

El derecho natural es por consiguiente, de origen divino y la voluntad humana no puede cambiarlo. La reforma con la ruptura de la unidad religiosa y la difusión del racionalismo, da un giro al derecho natural hacia sus orígenes griegos: la razón humana, con toda independencia, puede construir un sistema de normas justas que deben regir con carácter general. El representante más destacado de esta corriente es Hugo Grocio.

¿QUÉ ENTENDEMOS POR DERECHO?

Etimológicamente, la palabra Derecho deriva de la voz latina *directum*, que significa lo derecho, lo recto, lo rígido, que no se tuerce ni a un lado ni a otro. Sin embargo, para designar la realidad que nosotros llamamos Derecho, los romanos empleaban la voz "IUS", derivado del verbo latino *imvare* que significa ayudar, ya que la misión esencial del derecho es servir de medio al hombre, es decir, ayudarlo a conseguir su fin, o sea el bien. Según la definición de Celso, dada en el *Digesto*, el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

La doctrina, nos ofrece tantos y divergentes conceptos de derecho, que Ortega y Gasset llega a afirmar que el Derecho es según la perspectiva desde que se mire, pero todas las definiciones de derecho recogen en esencia el principio de que es una regla o un conjunto de reglas del obrar del individuo en sus relaciones con sus semejantes.

El Derecho aparece en la organización externa de la sociedad, como medio en relación con la ética, en cuya virtud el ser sensible confirma su ac-

ción al deber, o en otros términos como el complejo de condiciones por las cuales es posible que el arbitrio de unos pueda coexistir con el arbitrio de otros, según una ley universal de libertad; de allí, que “tener derecho” significa “poder hacer o exigir algo”.

Desde luego, ese poder no es la capacidad física de hacer. Un ladrón puede hacer que le entreguemos nuestro dinero porque va armado o es más fuerte que nosotros, sin embargo, no diremos que tiene derecho a robarnos; tampoco nos referimos a una exigencia puramente moral. Al hablar de Derecho, desde la perspectiva jurídica, nos referimos a un poder que, en caso necesario, es susceptible de imponerse coactivamente; pero no con una coacción puramente material, como en el caso del ladrón, sino con una coacción socialmente aceptada; o sea, con una coacción que la comunidad en que vivimos ampara e incluso organiza.

El derecho no es una pura norma, sino una ordenación, es decir, una norma realizada, siempre cumplida. Esta necesidad de cumplimiento inexcusable, se exterioriza como coacción física frente a la oposición o resistencia de los individuos. La coacción, o sea la posibilidad de constreñir al cumplimiento, deriva que el derecho es un límite, un confín en el obrar de varios sujetos. El traspasar ese límite por una de las partes implica en la otra la posibilidad de rechazarla, de repelerla, de impedirle. La coercitividad es, en suma, una consecuencia del carácter esencialmente autárquico del derecho; autarquía que consiste en que somete la conducta de sus sujetos independientemente de la voluntad de estos. El derecho es, entonces, una norma de imperio inexorable, irresistible, de exigencia coercitiva.

FUENTES DEL DERECHO

LA LEY

Las principales fuentes del derecho son la ley y la costumbre. La ley es dictada por el órgano legislativo que por lo general se denomina Parlamento (en nuestro país Congreso Nacional). Con frecuencia están autorizados para dictar normas jurídicas con fuerza de ley, en determinadas materias, los ayuntamientos o concejos municipales. La ley imprescindiblemente se expresa por escrito y se publica en diarios oficiales para conocimiento público (en nuestro país en el Registro Oficial). Las leyes sobre una misma materia suelen reu-

nirse y sistematizarse, con sentido de unidad, en códigos: Código Civil, Código Penal, Código del Trabajo, Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, etc.

LA COSTUMBRE

La costumbre, en cambio, no es otra cosa que las normas jurídicas no escritas, impuestas por el uso. Se manifiesta, con independencia de todo formalismo jurídico, como expresión normativa popular. Dos notas son características de la costumbre: 1. Su origen, no emana del órgano legislativo sino de la entraña popular, y 2. La falta absoluta de formalismos, frecuentemente incluso no es ni siquiera escrita. La costumbre, para serlo, exige que se forme y viva en una sociedad organizada, en la que un conjunto de fuerzas externas deben determinar su validez y avalarla para el reconocimiento del Estado.

Para el jurista Abrens, la costumbre es un producto de la voluntad de los individuos, nacida de una serie de actos idénticos y sucesivamente repetidos; se forma de manera más espontánea y más instintiva que la ley, bajo la impulsión inmediata de sus necesidades.

Los primeros que establecieron una costumbre, por sus actos continuamente repetidos, obraron con la convicción firmísima de la conveniencia jurídica de los hechos ejecutados, considerándolos no solo como buenos o justos para el caso presente, sino propicios para formar una regla común que sirva de norma para hechos futuros de idéntica analogía. Por eso, las costumbres así desarrolladas engendran una continuidad en la vida social y en el derecho, que son repetidas por un sentimiento moral de la comunidad.

Recogiendo estos elementos, se ha definido a la costumbre como una conducta social colectiva, compatible con la ley escrita, observada de manera pública, general, uniforme y reiterada, con la convicción indiscutida de ser una regla de derecho de obligatoria observancia.

CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE

Por su referencia con la ley, la costumbre se clasifica en:

1. *Praeter legem*, que es la auténtica costumbre normativa, verdadera fuente de derecho, autónoma, jerárquicamente igual a la ley escrita, sin que para ello necesite la invocación expresa del legislador, pues su obligatoriedad

emana de la aceptación de la comunidad, en forma espontánea, libre e incondicional; de modo que cuando la ley habla de ella no es para concederle graciosamente su autoridad, sino para reconocer y aceptar su existencia y poder de imposición;

2. *Costumbre contra legem* o conculcadora de una norma legal, que es la que expresa la reacción del grupo social contra el imperativo legal (se acata pero no se cumple), y
3. *Costumbre secundum legem*. A veces la ley (como en el caso del Código de Comercio ecuatoriano) se abstiene de formular la correspondiente solución y, en su lugar, acude a la costumbre; se trata con ello de evitar un exceso de reglamentación y un casuismo desproporcionado, reconociendo al mismo tiempo a la costumbre una adecuada participación en la normatividad jurídica. En este supuesto, el carácter subordinado de la costumbre frente a la ley es claro, pues la costumbre regirá en defecto o falta de la ley aplicable.

SISTEMAS JURÍDICOS

Cada Estado tiene su propio derecho y es posible que dentro de él existan territorios con un derecho especial, o bien, en los estados federales, que cada uno que los conforman, conserve un derecho propio. Los derechos más conocidos por nosotros son los que pertenecen al mundo cultural de Occidente, los cuales, aunque tienen grandes diferencias, mantienen en común una concepción, no religiosa, del derecho que aparece como un conjunto de normas estrictamente jurídicas y distintas de las morales. En estos derechos de raíz occidental se distinguen dos sistemas: el romanístico y el anglosajón.

SISTEMA ROMANÍSTICO

Es el que tiene como base el derecho romano, enriquecido a través de los tiempos por el aporte que han ido dando los juristas, sobre todo los germanos, por lo cual se suele llamar a este sistema románico-germánico. El sistema romanístico es propio de la Europa continental, pero se ha extendido a otros muchos países no europeos, tales como los latinoamericanos. En cierto modo, la doctrina de todos los países romanísticos es común e interpreta lo dispuesto en las leyes; ello es debido a que, en los sistemas romanísticos, el derecho emana exclusivamente de la ley, es decir, la norma creada por el poder legislativo.

Todo lo demás son medios para interpretar la ley, es decir, determinar su verdadero sentido y alcance. Todos los abogados y demás juristas ecuatorianos nos hemos formado en el sistema romanístico; ésta es la razón por la cual los otros sistemas han suscitado nuestra atención meramente como una curiosidad jurídica. Este es el principal motivo, por el cual tenemos una resistencia natural a las radicales innovaciones contempladas en el artículo 191 de la Constitución Política del Ecuador, vigente, de las que nos ocuparemos más adelante.

SISTEMA ANGLOSAJÓN

Los derechos anglosajones tienen su punto de origen y modelo más acabado en el derecho inglés, entendiendo por tal, el de Inglaterra, por que en Escocia rige un derecho propio, considerablemente romanizado. El derecho inglés se forma históricamente al margen de la influencia romanística y ha seguido una evolución continuada y gradual. El derecho inglés, incluso el constitucional, está integrado principalmente por la costumbre.

La piedra angular del derecho inglés es el *Common Law*, o derecho común del reino, según el cual le corresponde al rey de Inglaterra juzgar todos aquellos casos que afecten a los intereses generales del reino; los que son calificados por el canciller, a donde ha de acudir el interesado para obtener el escrito (WRIT) que le permita acceder a ellos.

La concesión del Writ no es una decisión arbitraria del canciller, sino que éste opera sobre la base de un lista predeterminada, que se va ampliando. Junto al *Common Law* se desarrolla otro conjunto de normas también debidas a la actividad del canciller, con las cuales se forma un nuevo sistema: *la Equity* (equidad), que se rige por un procedimiento distinto al de *Common Law*.

Es decir, el sistema de *Common Law* tiene un procedimiento y el sistema de *Equity* otro. Incluso, originalmente, habían distintos tribunales para conocer y resolver las cuestiones concernientes al uno y al otro sistema. Luego se unificaron en un solo tribunal, pero los procedimientos y la técnica jurídica siguieron siendo distintos.

Es de advertir que en Inglaterra se dictan leyes por parte del Parlamento que se denominan *Statutes*; pero el *Statute Law* o derecho contenido en las

leyes es en principio un derecho excepcional, que debe aplicarse restrictivamente y sirve para modificar puntos concretos del derecho tradicional inglés; pero, en lo cardinal, el derecho inglés hecho por los jueces, no emana del órgano legislativo sino de los tribunales judiciales. En principio, la decisión de un juez vincula a los demás jueces que deben *stare decisis*, esto es, ser fieles a lo que ya ha decidido otra sentencia. En conclusión, la importancia que en otros países occidentales tiene la ley, corresponde en Inglaterra a las sentencias judiciales.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para los casos en que existen conflictos individuales por intereses contrapuestos que no puedan autocomponerse entre las propias partes o deba prevenirse una infracción de carácter penal, el Estado ha organizado tribunales especializados para que administren justicia, es decir para que resuelvan los conflictos dando a cada uno lo suyo. La administración de justicia, dentro de esta perspectiva, ha sido definida como el conjunto de órganos que desempeñan la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ECUADOR

El artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador preceptúa lo siguiente:

“Art. 191. El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la Ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

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 la leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Como se aprecia del precepto constitucional anteriormente transcrito, en el Ecuador se han establecido dos sistemas jurídicos autónomos, con características propias, de administración de justicia. El uno, ejercido por los ór-

ganos de la función judicial, que son: Corte Suprema de Justicia, tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo contencioso fiscal, cortes superiores, tribunales penales, jueces de lo penal, jueces de lo civil, jueces de trabajo, jueces fiscales, jueces de inquilinato y jueces de tránsito. Se han creado legalmente también los jueces de familia, pero aún no han sido organizados ni han entrado en funcionamiento.

En mérito de la unidad jurisdiccional preceptuada por el artículo 191 transcrito, se incorporarán a la función judicial los juzgados y tribunales militares y de la policía civil nacional, los jueces y tribunales de menores y los demás que, actualmente, están integrados a la función ejecutiva.

La administración de justicia que imparten los órganos de la función judicial es eminentemente romanística, puesto que a los casos concretos que a los jueces les toca conocer y resolver deben aplicar la norma legal. Sin embargo, los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta de ley. En tal caso se aplicarán las leyes que existan sobre casos análogos, y no habiéndolas, se recurrirá a los principios de derecho universal, como manda la regla séptima del artículo 18 del Código Civil. Esto en lo que atañe en materia civil.

En materia penal, en cambio, nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto, como dispone el artículo 2 del Código Penal (*nullum pena sine legem*).

Frente a la administración de justicia ejercida por la función judicial, el inciso cuarto del artículo 191 de la Constitución establece la justicia de los pueblos indígenas, con características jurídicas radicalmente distintas a la que imparten los órganos primeramente nombrados. Veamos dichas características.

¿QUÉ ENTENDEMOS POR PUEBLOS INDÍGENAS?

El artículo 83 de la misma Constitución nos da la clave para saber cuáles son los pueblos indígenas, cuando dice: “Los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales”. Los rasgos de estas nacionalidades (autodefinidas) son las siguientes:

COMUNIDAD DE HOMBRES ESTABLE, FORMADA HISTÓRICAMENTE

Un pueblo indígena es una agrupación de hombre estable, articulada. No es un conglomerado accidental cuyos miembros se separan o se unen según las circunstancias, sino que se mantienen unidos en forma indefinida. No hay que confundir a los pueblos indígenas con organizaciones con fines gremiales, políticos, deportivos y las demás fundaciones o asociaciones autorizadas por el Estado. Un pueblo indígena es el resultado de relaciones duraderas y regulares, de una vida en común, de generación en generación.

COMUNIDAD DE IDIOMAS

Es inconcebible la existencia de un pueblo indígena sin un idioma común. Según fuentes del Consejo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODEMPE, los pueblos indígenas hablan los siguientes idiomas:

En la región amazónica: shuarchicham, que habla el pueblo shuar; achuar, que habla el pueblo achuar; a'lingae, que habla el pueblo cofán; paicoca, que habla el pueblo siona; secoya, que habla el pueblo secoya; huaoterero, que habla el pueblo huaroni; záparo, que habla el pueblo záparo; y kichuashimi que hablan los pueblos kichwa.

En la Costa y la Sierra: kichuashimi, que hablan los pueblos: saraguros, cañaris, puruhua, warankas, chimbulcas, salasacas, pansaleos, kitu cara, kayanpis, otavalos, karankis, natabuelas y kayampis; tsafique, que habla el pueblo tsachila; cha'palaa, que habla el pueblo chachi; awapit, que habla el pueblo awá; y epera, que habla el pueblo epera.

Merece destacarse especialmente el idioma záparo, hablado por el pueblo del mismo nombre, que en el año 2001 ha sido declarado como patrimonio intangible de la humanidad por la UNESCO. Este idioma se encuentra en el nivel de extinción, de ahí que se estén tomando medidas emergentes para evitar que desaparezca de la faz de la tierra.

COMUNIDAD DE TERRITORIO

Un pueblo indígena ha podido formarse históricamente porque vive en un territorio de terminado. Sin un territorio común o disgregado es imposible que una agrupación humana pueda mantener relaciones estables, regulares, de generación en generación. El pueblo indígena ha formado una verda-

dera asociación con la tierra, comprendiéndose en ella el agua, los bosques y la multiplicidad de especies animales.

La protección de la naturaleza por parte de los pueblos indígenas contrasta con la carrera depredadora, que en forma creciente ha emprendido la generalidad de los grupos humanos, lo que está conduciendo a un catástrofe de consecuencias predecibles. Ésta es una de las razones para que los organismos internacionales estén poniendo especial interés en apoyar a los pueblos indígenas de la Amazonía en su denonada lucha por resguardar la naturaleza.

COMUNIDAD DE VIDA ECONÓMICA

Para la existencia de un pueblo indígena ha de concurrir necesariamente un vínculo económico, un trabazón a través de los modos de producción y su reparto, que los unen en un todo.

COMUNIDAD PSICOLÓGICA

Ésta se refleja en la comunidad de cultura y de convivencia social.

AUTORIDADES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

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

APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

Las normas jurídicas que aplican las autoridades indígenas en el caso concreto que les corresponde conocer son las de la costumbre o derecho consuetudinario, es decir aquellas que emanan espontáneamente del pueblo y de cuyas características nos ocupamos anteriormente, al desarrollar el tema de la costumbre. Naturalmente, las costumbres, como todo fenómeno social, están sujetas a transformaciones, que son enriquecidas permanentemente con las experiencias de la comunidad.

En el fondo, la administración de justicia indígena tiene similitud con el sistema jurídico anglosajón, en que los jueces (en este caso las autoridades de los pueblos indígenas) son los que hacen el derecho. Las decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas no se sustentan en códigos ni ley positiva alguna, al contrario de la justicia que imparten los órganos de la función judicial, los cuales deben sustentar sus fallos estrictamente en la ley positiva; solo a falta de ley, aplicarán las que existan sobre casos análogos, y no habiéndolas, se acudirán a los principios del derecho universal: Así dispone la regla 7ª del Artículo 18 del Código Civil.

Esto en lo civil, en cambio en lo penal, nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto, como manda el artículo 2 del Código Penal (*nullum crimen sine lege*).

COMPATIBILIDAD DE LOS DOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los dos sistemas de administración de justicia preceptuados por el artículo 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador, son perfectamente compatibles; es decir pueden coexistir, guardándose respeto mutuo dentro de los ámbitos jurisdiccionales, asignados por la Constitución y la ley tanto a los órganos de la función judicial como a las autoridades de los pueblos indígenas. Éstas, dentro de la esfera de su jurisdicción, son autónomas y gozan de plena independencia, no dependen de los órganos de la función judicial ni de las autoridades de la función ejecutiva. Sus decisiones son soberanas, solo están sometidas a la Constitución y a la Ley de Compatibilidad, que debe expedir el Congreso Nacional conforme preceptúa el artículo 191 de la Constitución, tantas veces mencionado.

A dicha ley le corresponderá, en forma cardinal, delimitar el ámbito jurisdiccional de las autoridades indígenas, y regular lo concerniente a la fiscalización o control que debe realizar el Tribunal Constitucional de las decisiones jurisdiccionales de las autoridades de los pueblos indígenas; así como sobre las medidas correctivas o represivas que deban aplicarse en caso de violaciones a los derechos fundamentales.

PLURALIDAD JURÍDICA

una realidad constitucionalmente reconocida

*Nina Pacari**

UN PROYECTO PLURICULTURAL

No obstante el reconocimiento constitucional sobre la facultad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas de administrar justicia aplicando sus normas y procedimientos propios, de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario, *la aceptación de su vigencia* aún provoca resistencias en un sector de la sociedad nacional que, por desconocimiento, no admite la existencia de múltiples y profundos avances sobre la pluralidad jurídica.

En la medida en que la sociedad ecuatoriana es pluricultural, debemos comenzar por reconocer que la visión eurocéntrica con la que se fundaron los Estados nacionales está siendo modificada. De un proyecto monoétnico, de supremacía blanco-mestiza, comienza a cobrar visibilización un proyecto incluyente basado en la diversidad. El reconocimiento del carácter del Estado ecuatoriano como *pluricultural* y *pluriétnico* es la primera evidencia de estos cambios. Sin embargo, su materialización en la práctica cotidiana, aún sufre grandes escollos.

Desde el punto de vista conceptual hay la pretensión de anclarlo únicamente en la noción antropológica, sin considerar que esas sociedades diversas conocidas como *pueblos indígenas* son entidades colectivas portadoras de un sistema de organización socio-política, de un ejercicio de la democracia participativa y de una forma de administración de justicia practicada desde tiempos inmemoriales, que permite desarrollar una institucionalidad acorde a sus códigos culturales.

* Doctora en Jurisprudencia. Representante a la Asamblea Nacional Constituyente (1997-1998). Actualmente Diputada Nacional de la República.

CONSTITUTIVOS DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Este límite, de hecho, repercute en el pleno ejercicio del inciso cuarto del Art. 191 de la Constitución Política,¹ puesto que en el momento de su aplicabilidad por parte de las autoridades indígenas, no han faltado voces provenientes de sectores blanco-mestizos, invocando la *unidad jurisdiccional* para negar el ejercicio de dicho derecho, o en su defecto, calificándolo de *linchamiento* o *justicia por mano propia* para deslegitimar una práctica ancestral constitucionalmente reconocida.

El *linchamiento* según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas no es otra cosa que la “forma popular de ejecutar justicia, aplicando la pena capital, sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen”. Esto es, sin conocimiento de una autoridad competente y sin un procedimiento previo en el que tenga lugar el derecho a la defensa, se aplica una sanción excesiva como la pena de muerte, frente a un cometimiento de un delito, como el robo, por ejemplo.

Éste no es el caso de la administración de justicia indígena puesto que existen normas, procedimientos sumarísimos de carácter público y colectivo, expresados en las asambleas comunales, así como autoridades competentes como *los cabildos* para resolver un conflicto. Dentro de la etapa procedimental, las partes deben presentar las pruebas de cargo o de descargo, solicitar la comparecencia de testigos; pueden realizarse careos; la autoridad puede decidir la conformación de comisiones investigativas, si el caso lo requiere, etc. a fin de establecer el grado de responsabilidad y luego dictaminar la sanción correspondiente.

En el supuesto caso de que en el seno de una comunidad indígena, un miembro de esa comunidad sea sorprendido infraganti en el cometimiento de un delito, ni los afectados, ni quienes lo sorprendieron, ni aun los comuneros pueden ejecutar sentencia. Su obligación es dar a conocer a la autoridad competente que en este caso es el Cabildo Comunal, para que avoque conocimiento del caso y se inicie el proceso de juzgamiento tomando en cuenta normas y procedimientos que la costumbre establece, hasta llegar a dictar la resolución condenatoria o absolutoria. De ahí que, de ninguna manera la administración de justicia indígena puede ser concebida como un linchamiento.

En igual sentido debemos señalar que la administración de justicia indígena tampoco debe ser confundida con la *justicia por mano propia*, ya que ésta última tiene que ver con la Ley del Talión, esto es, “ojo por ojo, diente por diente”. Según el diccionario de Guillermo Cabanellas no es otra cosa que el “nombre que califica el sistema punitivo más espontáneo y sencillo por castigar el delito con un acto igual contra el delincuente. Constituye la pena el propio daño o mal que se ha causado a la víctima”. Siendo éste el concepto de justicia por mano propia, es inadecuado identificar bajo esta denominación a la administración de justicia indígena ya que ésta no se caracteriza por la espontaneidad, pues conforme hemos señalado anteriormente, existe un procedimiento previo y ni siquiera la pena puede ser igual al mal que se ha causado a la víctima.

Al encontrarse establecido un sistema jurídico, en el caso de que en cualquier comunidad indígena un miembro cometa el delito de robo, ni la víctima, ni sus familiares, ni cualquier otro comunero están facultados para ejecutar justicia y mucho menos para aplicar una pena aunque ésta fuera del mismo daño o mal que ha sufrido la víctima. Aún más, ni la autoridad competente puede aplicar como pena el propio daño que ha causado a la víctima, puesto que, en las normas comunales desarrolladas existen *distintos sistemas punitivos* o distintas formas de sanción como el de la indemnización de daños y perjuicios, la reparación, la restitución vía trabajos agrícolas en el predio de la víctima, entrega de productos agrícolas equivalentes a la misma cuantía que se haya establecido por el daño, etc., etc. Sin embargo, algunos penalistas dirán, las sanciones son de carácter civil y no penal puesto que al acusado no se le ha privado de la libertad, por ejemplo.

Más vale reiterar en el sentido de que, la clasificación que ha desarrollado la sociedad no indígena en su ordenamiento jurídico (las materias civiles, penales, administrativas, financieras, tributarias, de tránsito, laborales, inquilinato, etc.) responde a la forma de organización de su sociedad y de acuerdo a sus propios códigos culturales. Para reflejar esa lógica podemos citar lo que decía el filósofo Hegel “si quieres conocer la nuez, rómpela, (divídela)”.

En cambio, en la sociedad indígena funciona otra lógica, que parte de una filosofía interrelacionada entre hombre-naturaleza-sociedad, consideradas indivisibles y que forman parte de un todo. En los códigos culturales referentes a la administración de justicia indígena no existe ese tipo de clasificación o división por materias, por lo que, la autoridad competente, con el pro-

cedimiento establecido, resuelve todo tipo de conflictos que se produzcan al interior de la sociedad indígena, generalmente conocida como *comunidades indígenas* en referencia a los pueblos kichua asentados a lo largo del callejón interandino.

No obstante lo señalado, es necesario acentuar en que, en el análisis, no se trata de resaltar supremacías de uno u otro ordenamiento jurídico, sino señalar que *son distintos pero pueden convivir con armonía en una sociedad incluyente y en un Estado que se ha declarado como pluriétnico y pluricultural*.

EL DEBIDO PROCESO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

Una de las interrogantes que ha surgido es ¿en la administración de justicia indígena está garantizado el debido proceso, que constituye una de las garantías constitucionales? La sociedad indígena en su sistema sumarisimo ha desarrollado su procedimiento que tiene que ser cumplido conforme se señaló anteriormente al precisar que no se trata ni de linchamiento ni de justicia por mano propia. Y en la medida en que el inciso cuarto del artículo 191 de la Constitución expresamente señala que las autoridades de los pueblos indígenas están facultados para administrar justicia *aplicando sus normas y procedimientos de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario*, está reconociendo:

1. Que existe un procedimiento jurídico distinto al establecido en la justicia ordinaria.
2. Obliga a la autoridad indígena para que aplique el procedimiento de acuerdo a las costumbres o derecho consuetudinario de su pueblo.
3. Reconoce el derecho del acusado para que éste exija el cumplimiento del procedimiento que ancestralmente se viene practicando.

Entonces, la garantía del debido proceso que señala la Constitución Política, en relación a la administración de justicia indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, puesto que el debido proceso sí está garantizado en ese contexto. Así como tratándose del juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado común, de hecho se deberá exigir la garantía del debido proceso que se encuentra establecido en la Constitución Política y demás leyes nacionales. Pero, además, puede darse el caso de que el comunero reclame el ser juzgado por

sus autoridades al sentir que su debido proceso estará más garantizado con la administración de justicia consuetudinaria.

Puede ocurrir también que la autoridad indígena competente es la que solicita juzgar al comunero a fin de garantizar un debido proceso acorde al derecho consuetudinario de su pueblo. Si bien esta situación aún no se ha dado en virtud de que la nueva Constitución Política está vigente a partir del 10 de agosto de 1998, no cabe duda de que estamos ante un caso de definición de competencias. Al respecto, todavía no existe una legislación secundaria que regule los conflictos de competencia. Pero no por falta de ley se deben menospreciar o desconocer los derechos, según lo establece la misma constitución política en su Art. 18, inciso tercero.²

De ahí que, al existir una norma constitucional que faculta a las autoridades de los pueblos indígenas a administrar justicia, a pesar de no existir ley expresa sobre compatibilidad de competencias, la autoridad indígena incluso puede requerir la competencia para juzgar a su comunero.

EVITAR EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS

De hecho esta situación puede generar un *conflicto de competencias*, por lo que debemos contar con una legislación secundaria en la que se establezca una distribución de funciones a ser ejercidas en el ámbito de su competencia.

De ahí que, para que la definición de competencias pueda surtir un efecto de complementariedad y convivencia, corresponde superar prejuicios. No es admisible que la administración de justicia indígena sea analizada desde nociones y códigos de una cultura dominante que cree que todo lo que no se encuentra bajo su formato y concepción carece de valor o simplemente no existe. O, en el caso de aceptarlo a “regañadientes”, se crea que se les está quitando un espacio de poder.

Hay que despojarse de los rezagos coloniales que aún les hace creer que el reconocimiento de un derecho es una mera *concesión*, y, como tal, en el ámbito jurídico, solo debe admitirse la cesión de competencias únicamente para los casos de menor cuantía. En este tema tan profundo y tan amplio, el espíritu que debe primar es el del mutuo reconocimiento de sus valores y capacidades, para comprender la realidad múltiple del Ecuador y canalizar la discusión en torno a la distribución de competencias en materia de administración

de justicia, como parte de un proceso de democratización ciudadana y de ejercicio pleno de la pluriculturalidad.

Será necesario, entonces, abordar algunas *razones* previas como las territoriales e identitarias. Si la administración de justicia indígena la ejercen las autoridades de esos pueblos, significa que existe una jurisdicción territorial dentro de la cual dicha autoridad es competente para juzgar. En el caso de que un conflicto o un delito se haya cometido en esa circunscripción territorial indígena, la autoridad de ese ámbito territorial sería la competente para conocer y resolver el caso. Pero ¿qué autoridad indígena lo juzgaría si el acusado es miembro de otra comunidad indígena que comete una infracción fuera de su territorio comunal? Los múltiples casos que se han presentado en los pueblos indígenas dan cuenta de que las autoridades (cabildos) de las dos comunidades indígenas han asumido la competencia y han resuelto el caso llevando a cabo el procedimiento público y sumario antes señalado.

Pero ¿en quién radica la competencia en el caso de que un delito de abigeato se cometa en territorio indígena y el infractor sea un no indígena? De hecho, podría establecerse que en virtud del carácter identitario podría solicitar el ser juzgado por la justicia ordinaria.

Igual situación podría darse en el caso de un comunero indígena que comete una infracción en la ciudad, esto es fuera de su ámbito territorial. En virtud de su *identidad indígena*, podría solicitar ser juzgado por sus autoridades tradicionales. La situación parecería simple, pero no es así en la medida en que involucra a la *eficacia del sistema ordinario* para llegar a *hacer justicia*. En estos casos relacionados con la definición o cesión de competencias, la legislación secundaria tendrá que desarrollar los mecanismos que permitan articular las resoluciones que hayan adoptado las autoridades antes de ceder la competencia y que éstas puedan repercutir no solo en el proceso y la sanción sino en la *eficacia misma de los sistemas*.

En suma, la vigencia de la pluralidad jurídica en el Ecuador es una realidad constitucionalmente reconocida, estableciéndose como reto fundamental para toda la sociedad pluricultural ecuatoriana, pero sobre todo para los abogados, jueces, magistrados, comunicadores sociales, el superar las cargas ideológicas de dominación, pues, bajo el escudo de *estereotipos*, suelen adjetivar a la administración de justicia indígena como sinónimo de “salvajismo”. Se constituye, entonces, en una tarea conjunta y urgente adentrarse aún más en la investigación y conocimiento de una forma de administración de justi-

cia indígena que no es ni superior ni inferior a la administración de justicia ordinaria sino simple y únicamente *distinta, pero que pueden coexistir y desarrollarse en el marco del mutuo respeto, reconocimiento y valoración.*

Notas

- 1 Art. 191, inciso cuarto de la Constitución Política: “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”.
- 2 Art. 18, inciso tercero de la Constitución Política: “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o *desconocimiento* de los *derechos establecidos en la constitución*, para desecher la acción por esos hechos, o *para negar el reconocimiento de tales derechos.*”

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

*Julio César Trujillo**

Los indígenas, por medio de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE–, demandaron que el Ecuador se reconozca como un Estado plurinacional; esta demanda suscitó un breve aunque intenso debate que se trató de cerrarlo con la fórmula del Estado pluricultural y multiétnico, acuñada por quienes se oponían a la demanda indígena. Esta fórmula fue recogida en las reformas de 1996 al artículo 1 de la Constitución Política.

Los promotores y diseñadoras de la fórmula que dice que el Ecuador es un Estado pluricultural y multiétnico no nos han dado, hasta ahora, una explicación jurídica de su significado y alcance. Uno de los más destacados miembros de la comisión de notables que preparó el proyecto de reformas, Monseñor Juan Larrea Holguín, se limita a decirnos que “La actual Constitución reconoce la diversidad cultural y étnica, como elementos o datos sociológicos que el legislador ha de tener en cuenta, precisamente para mantener y perfeccionar la unidad del Estado, dentro del respeto debido a esos diversos grupos humanos a los que tiene que servir”.

De todas maneras, con esas expresiones se reconoce la existencia, en el territorio del Ecuador, de diversos grupos humanos, y que estos grupos se diferencian unos de otros por su cultura y por sus ancestros más remotos, ya que hemos de descartar interpretaciones que quisieran sostener que se han constitucionalizado supuestas diferencias raciales.

Este reconocimiento que el Ecuador hace de su ser pluricultural (Art. 1) constituye la aceptación de parte de la sociedad mestiza de que, como dice

* Doctor en Jurisprudencia. Representante a la Asamblea Nacional Constituyente (1997-98). Catedrático de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Esther Sánchez, “existen diferentes concepciones del hombre, sociedad y maneras particulares de organizar el mundo”, y requiere al mismo tiempo que se les dé a todos estos diferentes grupos la oportunidad para que, sin renunciar a sus concepciones y maneras de organizarse, sean y se sientan partícipes de la tarea común de construir el Ecuador de todos y para todos.

Exige también cambios en la mentalidad de los indígenas para valorar lo suyo, reconocer las concepciones y formas de organización de los otros y la responsabilidad compartida en la tarea común de construir el futuro.

Las reformas a la Constitución del año 1998 tienen en cuenta las consecuencias de la pluriculturalidad en la reconstrucción del pasado (Preámbulo y artículo 83) en los campos del idioma y la educación (artículos 1, inciso 3 y 69), en los de la ciencia y cultura (artículos 44, 45, 62, 80 y en varios numerales del artículo 84), en los de la organización social y política (artículo 84.7, 84.13 y 84.14), etc. Además hay que tener en cuenta los compromisos constantes en varios instrumentos internacionales, entre los cuales se destaca el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

1. EL ECUADOR PLURINACIONAL O MULTIÉTNICO

Los indígenas llaman nacionalidades a los grupos humanos que no comparten la cultura dominante, mestiza u occidental y que más bien reivindican una cultura que, a través de raíces milenarias, vincula el modo de ser actual con el de los habitantes originarios del territorio de lo que actualmente es el del Estado del Ecuador; esta denominación no es aceptada por todos los ecuatorianos no indígenas, quienes han preferido estipular, en el artículo 83 de la Constitución, que se los denomine *pueblos*, sin que, por cierto, tampoco haya acuerdo acerca del significado y alcance del término, entre especialistas y no especialistas.

En todo caso, en el Ecuador coexisten varias familias culturales, una de las cuales es hegemónica, no obstante que ésta y las otras, por ser iguales, merecen el mismo reconocimiento y la misma atención del Estado, según el artículo 62 de la propia Constitución.

Ahora bien, sin entrar a la discusión que trata de dilucidar lo que ha de entenderse por cultura, es aceptable sostener que ella está constituida por el conjunto de conocimientos, medios, instrumentos o mecanismos, de todo tipo, con los que la especie humana, en cada época y lugar, trata de crear las

condiciones necesarias para el pleno “desenvolvimiento moral y material” de sus miembros como personas.

De los varios instrumentos de las múltiples culturas que coexisten en el Ecuador es pertinente poner de relieve los que sirven para asegurar la convivencia de los individuos de modo que nadie perjudique a nadie y más bien todos cooperen para que el esfuerzo común redunde en beneficio de todos, en el entendido de que el “el respeto al derecho ajeno se llama paz”, como dijera el indígena Juárez presidente de todos los mexicanos.

El derecho es, en el tiempo y en el espacio, el más común de los instrumentos con los que se puede alcanzar la convivencia pacífica de los miembros de una colectividad cualquiera entre sí y de cada uno con la colectividad.

Por consiguiente, el reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado ecuatoriano lleva implícito el respeto a las formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas para mantener la armonía interna y preservar sus formas de vida en el tiempo; o sea que el reconocimiento de la pluriculturalidad implica el reconocimiento de lo que los sociólogos y antropólogos han bautizado como pluralismo jurídico.

2. LA CONSTITUCIÓN

El artículo 191 de la Constitución Política de la república hace un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico, tanto como sistemas de normas de conducta cuanto como sistemas de solución de conflictos.

En efecto, a tono con las actuales corrientes del pensamiento contemporáneo, distingue varios caminos para alcanzar la convivencia pacífica de los habitantes del Ecuador para solucionar sus conflictos, uno (no el único) es el derecho estatal y la función judicial encargada de aplicarlo; otro, la equidad en manos de los jueces de paz; el tercero, la autocomposición a través de la mediación y el arbitraje; y el cuarto es la justicia impartida por la autoridad indígena.

En efecto, el inciso primero del Art. 191 se refiere a la función judicial, en cuanto órgano de la potestad estatal de administrar justicia, el Art. 199 a la vez que garantiza la autonomía de esta función y la independencia de los jueces y magistrados, prescribe que estos han de ejercer tan elevado magisterio

con arreglo a la Constitución y a la leyes; y por fin el Art. 198, en armonía con el Art. 118, determina cuáles son los organismos y dependencias de esta función.

De los jueces de paz trata el inciso segundo del mismo Art. 191, y les confía la solución de toda clase de conflictos, mediante la aplicación de la “equidad”, que, cualquiera que sea el concepto que se prefiera de ella, no es la aplicación de la ley y tiene gloriosos ejemplos de eficacia en los edictos del pretor del derecho romano y en la *equity* del derecho inglés.

La mediación y el arbitraje tampoco son aplicación del derecho estatal, y si se los denomina métodos de autocomposición es precisamente porque la solución del conflicto depende de los mismos interesados en él, ya sea al ponerse de acuerdo en los términos que ponen fin al conflicto, gracias a la intervención del mediador, al convenir en quién ha de hacer de árbitro o en la regla de conformidad con las cuáles éste ha de solucionar el litigio.

Pero en donde el Art. 191 se aparta del todo del derecho estatal occidental es en el inciso cuarto, que se inspira en las Constituciones de Colombia y de Bolivia que le precedieron, y cuyas jurisprudencias, por lo tanto, pueden servirnos para la solución de las dificultades que se nos presenten en la interpretación de nuestro precepto, siempre y cuando haya analogía entre unas y otras.

3. ARTÍCULO 191, INCISO 4º

En el inciso cuarto del Art. 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador debemos analizar por separado cinco disposiciones, cada una de las cuales tiene su sustantividad propia, si bien sumadas todas forman una institución única, en la que las unas son complementarias de las otras.

Este precepto constitucional comienza por reconocer a las autoridades indígenas competencia para ejercer “funciones de justicia” y éste es el primer precepto constitucional; nótese que esta función es también la del juez estatal según el Art. 192, pero mientras el medio de que éste ha de valerse es la ley estatal, al tenor del Art. 199, el medio que debe emplear la autoridad indígena es el derecho propio o consuetudinario, al tenor del citado inciso cuatro del Art. 191. Éste es el segundo reconocimiento que merece estudio aparte y al que dedicaré algunas páginas luego.

Respecto de la autoridad indígena, a su vez, conviene tener presentes dos conceptos: uno es que la autoridad competente para ejercer funciones de justicia es la autoridad a la que la respectiva comunidad indígena le haya constituido en su autoridad, según sus propios sistema de instituir la (Art. 84.7), no es, pues, funcionario del Estado; dos, la potestad de administrar justicia no debe estar necesariamente radicada en un órgano especializado, como ocurre en el Estado, ni nace de la ley sino de la misma comunidad, que según el mismo Art. 84.7 no solo tiene derecho para instituir sus autoridades sino que tiene además derecho para organizar la forma cómo éstas han de ejercer las potestades que la comunidad le otorga.

Una tercera prescripción del inciso 4° del Art. 191 es que la competencia de la autoridad indígena para administrar justicia recae sobre los “conflictos internos”. Se ha de entender que son tales los que surgen en el seno de la comunidad y amenazan romper o rompen la armonía o las formas de vida y valores que la identifican como la nacionalidad que dice ser y, a la vez, diversa de las otras nacionalidades indígenas, de los pueblos negros y de la sociedad hegemónica.

Se trata de una competencia en razón de las personas y solo ocasionalmente en razón del territorio, por tanto cabe distinguir los conflictos entre los miembros de una misma comunidad, los conflictos de una comunidad con otra comunidad y los de los miembros de una comunidad con los miembros de otra comunidad; además están los conflictos de los indígenas con los no indígenas, caso en el que hay que diferenciar de los no indígenas que viven fuera de la comunidad de los que viven en ella o con ella.

La competencia de la autoridad indígena sobre las dos especies de conflictos aquí mencionados es indiscutible, ya que no cabe duda del carácter interno del conflicto que amenaza romper o rompe la paz de la comunidad indígena, sin perjuicio de que cuando la autoridad indígena considere que es mejor y más conveniente remitir la causa a la autoridad estatal, lo haga así por su propia decisión.

Para la solución de los otros conflictos caben variadas combinaciones en las que deben concurrir los criterios de la interculturalidad en la apreciación de los hechos y del derecho, es decir criterios que pongan a salvo los valores y formas de vida de los indígenas, de los que depende la supervivencia del pueblo indígena como tal y como pueblo diferente, y los derechos fundamentales de la persona de los no indígenas.

No solo los conflictos de los indígenas con los no indígenas sino que también las resoluciones de la autoridad indígena y el derecho consuetudinario por ella aplicado pueden suscitar conflictos con las resoluciones de las autoridades estatales y el derecho estatal a ellas confiado, la posibilidad de que existan estos conflictos está prevista, en cuarto lugar, en el citado inciso 4° del Art. 191.

El quinto mandato de este inciso es que una ley armonice y regule la solución de estos conflictos y prevea la colaboración de la autoridad estatal y de la autoridad indígena para que las decisiones de las autoridades indígenas no sean desconocidas por la autoridad estatal e incluso que ésta sea la llamada a ejecutarlas mediante la coerción, de ser necesario; incluso para no despojar al Estado del monopolio del uso de la fuerza y hacer innecesario que los pueblos indígenas tengan que crear su propia fuerza pública.

En general, esta ley de armonización debería buscar que las actividades e instituciones del Estado y las de los pueblos o nacionalidades indígenas no se interfieran ni dupliquen actividades innecesariamente; también a este asunto dedicaré algunas reflexiones al final.

4. EL DERECHO PROPIO O CONSUECUDINARIO

El Art. 191, inciso cuarto, dispone además que la autoridad indígena tiene competencia para resolver los conflictos internos “aplicando normas y procedimientos propios... de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario”. En estos términos, la Constitución Política reconoce el pluralismo jurídico de que antes hablamos.

Desde el punto de vista del derecho positivo, por consiguiente, no cabe discusión acerca de la existencia del derecho indígena, al que la Constitución denomina derecho propio o consuetudinario; pero es necesario también darle sustento teórico y además determinar su contenido.

La sustentación teórica tropieza con numerosas dificultades que nacen de las diferentes concepciones del hombre, de la sociedad y de las diversas maneras particulares de organizar el mundo y la convivencia humana, a las que hicimos referencia más arriba. Una de esas dificultades consiste en encontrar un concepto de derecho que sea aceptado por todos, otra dificultad es la de convenir en qué ha de entenderse por derecho consuetudinario.

4.1. EL DERECHO Y LAS TEORÍAS

Con el término derecho ocurre lo que es frecuente que ocurra con las palabras de uso general y es que todos sabemos de qué estamos hablando cuando las usamos en la conversación corriente, pero no acertamos a dar de ellas un concepto que nos satisfaga cuando intentamos aprehender su esencia.

Esta dificultad la han experimentado todos los grandes juristas que han intentado responder a la pregunta ¿Qué es el derecho?, y no pocos han terminado por construir su propia teoría que, aceptada por unos y combatida por otros, ha servido para confirmar que la respuesta tropieza con dificultades casi insalvables.

No pretendemos resolver esas dificultades ni nos parece útil el repaso de las numerosas teorías que se han propuesto para el efecto, pues son tantas que los autores ni siquiera han podido ponerse de acuerdo en enunciarlas.

Preferimos detenernos en identificar al derecho por la función que cumple en la vida de la especie humana llamada a vivir en sociedad, y decimos que es la norma o conjunto de normas que regulan el comportamiento de los individuos en sus relaciones con los otros individuos, cuya violación es sancionada por la colectividad en cuanto perturba la paz o amenaza sus supervivencia.

4.2. DERECHO ESCRITO Y DERECHO CONSUECUDINARIO

Con el triunfo del liberalismo individualista se impuso la teoría de que nadie estaba obligado a obedecer sino a su propia voluntad y que para no sucumbir en manos del más fuerte, voluntariamente se constituía en sociedad política, se sometía a la voluntad de ésta, en tanto y en cuanto los demás hicieran lo mismo; entonces la voluntad de la sociedad política no era sino el punto en el que coincidía la voluntad de todos, por lo que al obedecer a la voluntad general cada individuo obedecía a su voluntad individual.

Como la sociedad política se había ampliado grandemente y no podía reunirse en asamblea surgió la idea de que no hacía falta que se reunieran todos sino que eligieran representantes con el encargo de que acuerden lo que a todos les estaba permitido y prohibido hacer, y este acuerdo era la ley o expresión de la voluntad general o soberana que manda, prohíbe o permite.

Una vez creado el órgano cuyo acuerdo expresaba la voluntad general era necesario que lo acordado fuera conocido por los representados, para lo cual y ya que se había implantado la imprenta, y con ella la cultura escrita, la ley se debía publicar de modo que quienquiera pudiera informarse lo que habían decidido sus representantes. Las normas así elaboradas se denominaron Derecho escrito.

Pero ni esa forma de elaborar las normas de conducta es la única ni todos los pueblos la adoptaron, como es el caso del Reino Unido y los Estados Unidos de América, para no citar sino a dos de la llamada “cultura occidental”; no se diga la forma de crear derecho en los grandes Estados de Asia o las del derecho musulmán.

De las otras formas de crear derecho o normas coercitivas de comportamiento nos interesa destacar la decisión de los jueces en los litigios que les son sometidos a su resolución, con la obligación de aplicar la misma solución a los litigios análogos que, en el futuro, llegaren a su conocimiento, habida cuenta que, siendo iguales las personas, no puede menos que dárseles un trato igual en igualdad de circunstancias, tanto más que la resolución no ha de ser fruto de la arbitrariedad del juez sino de lo que la razón natural, común a todo la comunidad, estima justo o conveniente; éste es, expuesto en términos sencillos, el “derecho consuetudinario” al que algunos autores prefieren llamar derecho jurisprudencial.

4.3. DERECHO DE SEGUNDA CLASE

Convencidos de que el mundo gira alrededor de nuestras formas de hacer las cosas, encontramos graves obstáculos para admitir la validez de otras formas de hacerlas o de hacer otras cosas con los mismos o parecidos resultados, y cuando no podemos negarlas, nos defendemos concediéndolas menos valor que el que otorgamos a las nuestras, algo de esto es lo que hacemos con el derecho consuetudinario, al que, en consecuencia, le catalogamos como un derecho de segunda clase, destinado a desaparecer el momento en que el nuestro se imponga.

Sin embargo, los sucesos que ahora mismo vivimos no parece que favorezcan este triunfalismo, pues el creciente reconocimiento de la legitimidad de las demandas de los pueblos para participar directamente en las decisiones que les afectan y en las normas que han de regirles, lo mismo que los esfuerzos por crear instituciones que satisfagan estas demandas, como son el refe-

réndum legislativo articulado o no y más aún el referéndum constitucional, tan en boga en democracias consolidadas y otras instituciones de la democracia participativa, confirman que no hay una sola manera de elaborar derecho positivo y que la creación de un órgano especializado para que lo haga no es inmutable.

De otra parte, la fuerza creadora de derecho de los jueces se ha vuelto a actualizar al punto que con razón se estudia el derecho judicial no como una nueva rama sino como una nueva forma de dar vida a normas jurídicas, distinta de la tradicional en la que prevalece la obra del órgano legislativo.

El derecho de los jueces o derecho judicial, si se quiere, es, en nuestro caso, producto del Tribunal Constitucional, que en cuanto “legislador negativo” mediante sus sentencias, generalmente obligatorias en las demandas de inconstitucionalidad, deroga o declara sin valor las leyes que contradicen a la Constitución.

La función del Tribunal Constitucional incluso tiende a ir más allá cuando, ante la demanda de la inconstitucionalidad de una ley, prefiere determinar el sentido en que debería entenderse la ley cuestionada para que sea conforme a la Constitución y, con esta condición, desecha la inconstitucionalidad demandada; dictando, en este caso, prácticamente una ley interpretativa de carácter generalmente obligatorio o *erga omnes*.

A mi juicio, forman parte de este derecho judicial, tan actual, los precedentes obligatorios de la Corte Suprema de Justicia en cuanto tribunal de casación.

Pero, incluso, está amenazada la exclusividad si no la supervivencia de la escritura, como medio de comunicación masiva de las demandas de los ciudadanos, de las decisiones de los gobernantes y de las normas obligatorias, ya que los medios electrónicos de información se extienden de tal manera que la vigencia de la democracia exige, cada vez con mayor fuerza, la institucionalización de las tecnologías de la información y de la comunicación –TIC– como un servicio público universal integrado en el sistema educativo, pues se teme, no sin razón, que el “analfabetismo electrónico” llegue a ser causa de marginación o exclusión tanto como el analfabetismo tradicional.

Vistas así las cosas no hay fundamento para distinguir los sistemas jurídicos por la forma como se elabora el derecho positivo ni menos por la manera como se lo comunica a la comunidad.

4.4. DERECHO ANQUILOSADO

Otro prejuicio muy extendido es el tener al derecho consuetudinario como un derecho anquilosado ya sea porque se tiene por derecho consuetudinario al que rigió en el pasado y que para que tenga vigencia en el presente es necesario restablecer prácticas y comportamientos arcaicos, o ya sea porque se le niega la posibilidad de actualizarse con los cambios que ocurren en la comunidad, tanto por su dinámica interna cuanto por la influencia de factores externos, que le proporcionan nuevas formas de actuar ante cuestiones ancestrales o ante situaciones actuales no vividas en el pasado.

Lo cierto es que una comunidad de ese tipo no existe, y más bien todas las comunidades de ahora y de siempre viven el devenir de Heráclito en el que la unidad brota de la diversidad, es decir la comunidad es la misma y quiere preservarse como tal, diferente de las otras comunidades, y para ello se renueva constantemente mediante la eliminación de lo que no le sirve o le perjudica, sea porque le impide avanzar o sea porque le degrada, o mediante la adopción de nuevos elementos que nacen de su propia experiencia o de la experiencia de los otros con los que mantiene contactos, no forzosamente pacíficos; elementos todos que le permiten sobrevivir y avanzar sin dejar de ser ella misma.

Nadie creo que sostenga que el derecho de los Estados Unidos de América ha dejado de ser su derecho por el hecho de que el derecho escrito haya “crecido tanto en cantidad e importancia durante los últimos cien años en los Estados Unidos, que en muchas áreas constituya la principal fuerza creativa” al decir de E. Allan Farnsworth, pues se equivoca quien crea que, por esto, ha salido de la familia del Common Law y ha adoptado la estructura, las clasificaciones, las categorías y los conceptos del derecho romano-germánico, ya que como enseña René David “las normas formuladas por el legislador, por numerosas que sean, son vistas con cierta inquietud por el jurista, quien no las considera como el tipo normal de la norma jurídica; dichas reglas legislativas solo son asimiladas por el sistema jurídico americano una vez que han sido interpretadas y aplicadas por los tribunales y se hace posible, no la referencia directa a las mismas, sino a las decisiones judiciales que las han aplicado”.

En consecuencia, una comunidad política cualquiera no deja de ser ella porque cambia sus instituciones o hace suyas instituciones de otras comunidades, y digo hace suyas porque no las copia servilmente, sino que las modifica para adoptarlas o, al incorporarlas a su *ethos* cultural, las transforma por el roce con el resto de instituciones a las que se suma.

4.5. DERECHO EN PERMANENTE ACTUALIZACIÓN

El Art. 191, inciso cuarto, de la Constitución, no obstante su vacilación, reconoce que el derecho consuetudinario está compuesto por normas y procedimientos propios de las nacionalidades o pueblos indígenas y, en consecuencia, descarta todo peligro de confusión del derecho indígena con el derecho estatal.

No son pues, a mi juicio, fundamentados en el texto constitucional, los conceptos que identifican al derecho indígena con las normas jurídicas expedidas por las instituciones, organismos y dependencias del Estado que tienen por objeto regular las relaciones de los indígenas entre sí o con el Estado, como es el caso de los artículos 83, 84 y otros de la Constitución o la Ley de Organización y Régimen de las Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas. Éstas y las demás de este laya son normas jurídicas del Estado sobre los indígenas pero no son normas de los indígenas sobre sí mismos, único caso en el que serían propias.

Menos, mucho menos, puede ser derecho propio el derecho estatal administrado por funcionarios indígenas nombrados para el efecto por el Estado, ya que en este caso la norma a aplicarse es la norma creada por las instituciones, organismos o dependencias del Estado con el agravante de que las cuestiones a las que la norma, cuya aplicación se le confía al indígena, son o serían las de menor importancia no solo por la cuantía de los valores económicos sino también por su limitada trascendencia social

Para ser propio, el derecho indígena debe ser el conjunto de normas producidas por los indígenas a través de las instituciones a las que ellos han confiado la tarea de fijar, con fuerza obligatoria, las normas de conducta a las que todos deben obediencia, unas porque garantizan la pacífica convivencia de los miembros de la comunidad y otras porque preservan la identidad de la comunidad, de la que aquellos tienen conciencia de ser parte y la que les reconoce la calidad de miembros suyos, y por eso espera el comportamiento que los identifica.

Este derecho es creado y recreado por la comunidad indígena de acuerdo con las nuevas condiciones de la convivencia interna o de las nuevas circunstancias externas en que la comunidad se desenvuelve. Es, por esto, un derecho dinámico, en permanente actualización, no una pieza de museo, de una parte, y de otra, las normas son perpetuadas, reformadas o sustituidas por

otras normas de conformidad con lo que por su propia experiencia o por los ejemplos que han visto en otros, saben que es oportuno y/o conveniente para mantener la paz entre sus miembros o para salvar la supervivencia de la colectividad, es un derecho que se nutre de sus propias raíces pero también de los aportes que recibe de fuera.

No es argumento que valga, para negarle su calidad de derecho objetivo, el que carezca de las clasificaciones, categorías y conceptos de la familia romano-germánica a la que pertenece el derecho estatal ecuatoriano, a pesar de sus especificidades que lo diferencian del de Europa continental, ya que ellas responden a una de las “diversas concepciones jurídicas que existen en el mundo” y, por tanto, no es de extrañar que no existan en otras de esas diversas concepciones, como enseña el estudio del derecho comparado, que ya hace medio siglo se convirtió en Europa en una de las “asignaturas fundamentales” de las facultades de derecho de esa región del mundo, mientras en las nuestras sigue siendo ignorado, a pesar de que estamos sometidos a la influencia, cuando no imposición, de sistemas jurídicos múltiples y en ocasiones contradictorios.

5. CONTENIDO DEL DERECHO PROPIO O CONSUECUDINARIO

La determinación del contenido del derecho indígena es una tarea por hacerse, salvo esfuerzos aislados que apenas nos permiten percibir el vértice de un iceberg todavía oculto en el mar de los prejuicios y de la exclusión pero lleno de vida en las profundidades de las nacionalidades indígenas que lo aplican a diario, a veces incluso bajo las denominaciones que les ha impuesto el derecho estatal; aplicación de la que, no pocas veces, se ha explotado, sin escrúpulo ni respeto, las manifestaciones espectaculares y meramente folklóricas.

La familia, “base de la organización social de los indígenas” según Gonzalo Rubio (1956), está por estudiarse, pero llama la atención el reducido número de divorcios, la severidad con la que se trata el concubinato y/o adulterio, la composición de ella y la presencia en su seno de los “biñachishcas” que sin las formalidades y riesgos de la adopción cumple las funciones de ésta y ha subsistido a través de los siglos.

No es menos válido el trabajo del equipo coordinado por Fernando García (2000) sobre las formas indígenas de administración de justicia en las comunidades de la Compañía en Imbabura, San Francisco de Chibuleo en

Tungurahua y en San Pedro de Rucullacta en la provincia de Napo; en este trabajo se describe el tipo de “faltas”, las medidas con las que se subsanan los conflictos y la diversidad de autoridades que intervienen.

Para terminar este asunto, que sigue abierto a la investigación, me permitiré citar a Emiliano Borja Martínez en su *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena* (2001), en que, luego de discernir, como no es frecuente entre ecuatorianos, la justicia indígena, de los linchamientos por las multitudes enfurecidas de blancos, mestizos, negros, indios, etc., reconstruye los principios básicos del derecho penal indígena con sus especificidades que lo singularizan, y hace un recuento, todavía local y por eso incompleto, de los delitos, penas y procedimientos en el derecho penal indígena, todo lo cual le permitir concluir diciendo: “Al final hemos valorado positivamente muchas de las instituciones del auténtico sistema punitivo indígena, porque cumple de forma mas satisfactoria los fines que comúnmente se le asigna al Derecho Penal con carácter general”.

Quisiera añadir que lo que Borja Jiménez afirma del derecho penal podemos aplicar a las otras ramas del derecho romano germánico que el derecho indígena, por cierto, no las distingue. Reiteramos, desde luego, que el contenido del derecho indígena está por descubrirse porque existe.

6. DERECHO ESTATAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

El último inciso del Art. 191 de la Constitución Política prescribe el papel que ha de cumplir el derecho estatal y éste no es otro que el hacer compatibles las funciones de justicia de la autoridad indígena que resuelve los conflictos internos con el derecho propio o consuetudinario y las de la función judicial que aplica las leyes expedidas por el Estado.

En el cumplimiento de este papel, la ley ha de tener presente que el derecho propio o consuetudinario no puede contradecir a la Constitución y a las leyes, por así disponer el mismo precepto constitucional.

Que no ha de contradecir a la Constitución parece obvio debido a que ésta es la norma básica o fundamental para todos los ecuatorianos, y común, aunque por razones diferentes, al ordenamiento jurídico estatal y al derecho propio o consuetudinario; sin embargo, para establecer si hay o no contradicción, en este caso, no bastan los principios de interpretación de la norma ju-

rídico de o desde la Constitución; cabe señalar que es tema que la propia Corte Constitucional de Colombia, tan lúcida y avanzada en otras materias, no ha llegado a dilucidarlo satisfactoriamente del todo.

En esta materia, igual que en todo conflicto entre normas de dos familias jurídicas diferentes, se ha de proceder a la estimación intercultural de los hechos y del derecho en cuestión; esto quiere decir, a mi juicio, que los hechos deben ser examinados desde la perspectiva de cada cultura, luego se debe examinar la valoración que de ellos hace cada una de ellas y, en fin, averiguar las causas por las que lo que es bueno o indiferente en la una, es malo o pernicioso para la otra, en el lugar y momento del suceso, hasta aquí los hechos.

El segundo esfuerzo será escudriñar el texto, la ratio y el propósito de las normas en conflicto y, en vista de la conclusión inducida del análisis de los hechos, aplicar la norma según el principio de ponderación, que no es necesariamente conciliar ni menos morigerar el sentido de las normas sino aplicar la una o la otra, según sea más justo o más conveniente para salvar los valores de una comunidad, siendo indiferente o nada perjudicial a los valores de la otra, sin perjuicio de la indemnización que se debe al individuo que resultare perjudicado con la solución, si lo hubiere.

Por tratarse de una solución casuística o fruto de una “jerarquía axiológica móvil”, como diría Ricardo Guastini, no es posible ni conveniente que se la cristalice en una norma legal, sino que debe quedar en manos del juez que, para el caso soy del parecer que debe ser el juez constitucional asesorado por antropólogos, sociólogos y juristas especializados en pluralismo jurídico. Desde luego, con lo que he podido conocer, no preveo muchos asuntos en los que sea necesaria esta difícil solución.

El conflicto entre la ley estatal y el derecho propio o consuetudinario es menos complejo, en gran parte quedará resuelto con una acertada distribución de competencias o delimitación de los ámbitos de vigencia de cada uno de ellos y un sistema de solución de conflicto de competencias también a cargo del juez constitucional, que ha de resolver todas las causas que lleguen a su conocimiento, siempre con la valoración intercultural de la que hablé más arriba.

EL DERECHO ECUATORIANO Y EL APOORTE INDÍGENA

*Enrique Ayala Mora**

NECESIDAD DEL PROYECTO

Al enfrentar este tema, tenemos que comenzar constatando que el país necesita una ley que afronte la posibilidad de canalizar un derecho ya establecido en la Constitución, pero que debe ser desarrollado en términos concretos. Ya no estamos discutiendo si deben o no establecerse normas que garanticen la administración de justicia indígena, sino tratando de desarrollarlas a base de un derecho ya existente. Pero tenemos que constatar algo más. Los derechos indígenas ya se han practicado aquí desde hace mucho. Se debe dictar una ley sobre administración de justicia indígena, no solamente porque está mandado en la Constitución, sino porque reconoce una realidad que por siglos hasta hoy se ha dado entre los pueblos indígenas del país. No estamos inventando ninguna norma, no estamos dando ningún derecho a nadie. Al discutir esta ley, estamos simplemente reconociendo que existe, poniéndole límites, dándole más garantías para que funcione y tratando de que sea compatible con el sistema jurídico ecuatoriano.

Cuando discutimos este tema concreto, más allá del discurso y de la retórica, es cuando afrontamos de verdad el problema de la diversidad de nuestro país. Por eso se debe dar un debate necesario sobre este proyecto. Esta ley, las disposiciones constitucionales y las otras que se emitan sobre temas conexos no pueden ser elementos unilaterales o accesorios, sino que deben ser elementos angulares del cambio de la sociedad ecuatoriana. Al hablar de este tema lo hacemos genuinamente convencidos de que se trata de apuntalar un

* Doctor en Ciencias de la Educación y Doctor en Historia Moderna. Representante a la Asamblea Nacional Constituyente (1997-1998). Actualmente Rector de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

país unido, un país estructurado en el marco de la diversidad y la interculturalidad. Me sumo a las observaciones que hizo Catherine Walsh al respecto. Por ello, comienzo estableciendo que en algunos aspectos coincido con el proyecto preparado por el equipo dirigido por Julio César Trujillo en esta misma universidad, pero en otros discrepo con él. Y me parece que tanto mis coincidencias como mis discrepancias son de fondo, son importantes y merecen ser debatidas con responsabilidad para con el país. Aquí, lo advierto categóricamente, voy a enfatizar en las diferencias, puesto que hemos sido convocados a un debate.

Creo que debemos partir de un punto de vista en el que todos hemos coincidido: hacer el esfuerzo de reconocer o de viabilizar en la práctica el desarrollo de la justicia indígena en el país no es un añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole la naturaleza de religión de Estado a la religión católica y se estableció el laicismo, no se hizo solo un cambio adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatorianos. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no de la religiosa y de conciencia, sino la diversidad étnica y también la diversidad regional. Eso supone repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen, pueden también dispersarse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro, con garantías de supervivencia como proyecto nacional.

EL PLURALISMO JURÍDICO

Los autores del Proyecto que se discute aquí y varios de quienes lo respaldan, sostienen que en la práctica histórica de nuestro país, reconocida recién en la última Asamblea Constituyente, se ha dado el pluralismo jurídico. Dicen, al mismo tiempo, que ese pluralismo jurídico se da como un elemento de la pluriculturalidad reconocida del Ecuador y que implica que en nuestro país coexisten dos sistemas u órdenes jurídicos, el dominante o estatal, y el indígena, ambos de igual jerarquía, puesto que ninguno puede pensarse como superior al otro. Con esta idea como base estructuran algunas disposiciones del proyecto.

Quisiera clarificar algunos conceptos. Estamos enteramente de acuerdo en que la Constitución y la realidad del país establecen en el Ecuador el pluralismo jurídico. Es evidente que las formas de concebir el derecho y de practicarlo no solamente entre blanco-mestizos e indios, es distinta. También está claro que ese pluralismo tiene que ser desarrollado. Ya ha sido reconocido en la Constitución. Pero, lo digo categóricamente, ese reconocimiento debe darse dentro de un solo orden jurídico. Quiero insistir en este punto, porque en el Ecuador el orden jurídico está sustentado en la existencia de una ciudadanía única y, aunque esto pueda parecer contradictorio o no suficiente, solo el desarrollo de una ciudadanía única, vigorosa, va a permitir la ampliación de la democracia real en el Ecuador.

La ciudadanía supone igualdad, desaparición de fueros, desaparición de barreras que discriminan. Solo así podemos avanzar en el país. Si nosotros comenzamos a pensar que es posible limitar la idea de ciudadanía en el Ecuador, que no es uniforme pero sí única, entonces comenzaremos a reblandecer otro elemento que a todos los presentes nos preocupa, el futuro de la democracia ecuatoriana. El Ecuador no es solo un bis a bis de indios y mestizos y negros. El Ecuador es un espacio común de ciudadanos y ciudadanas, en donde hay otras desigualdades que son tremendas, horribles, terribles, como la pobreza, la exclusión, el discrimen de las mujeres, la salida del país de los migrantes. Todo eso nos debe ocupar el momento que tratamos de formular normas para el futuro.

Si se pregunta si pueden haber varios sistemas jurídicos en el país, mi respuesta es que no. Pueden haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas hayan, cuantos pueblos existan, incluso cuantas diferencias regionales puedan darse. Pero si por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas establecidas en la Constitución y en las leyes fundamentales del país, que nos implican a todos los ciudadanos, entonces solo hay un sistema jurídico en el Ecuador y no puede haber sino uno solo. Ese sistema jurídico tiene que reconocer las diversidades, pero no por eso deja de ser único, ni por eso deja de ser aplicable a todos los ecuatorianos. Porque si no hubiera un solo sistema jurídico en el país o un solo orden jurídico, para ser más exactos, entonces no seríamos iguales ante la ley.

El Convenio 169 de la OIT, que es ley de la república, nos da una pista cuando en el artículo octavo, numeral 2, dice: “dichos pueblos –se refiere a los pueblos indígenas– deberán tener el derecho de conservar sus costumbres y

sus instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Es decir, la propia legislación que está argumentándose a favor de los derechos indígenas, los concibe dentro de un sistema jurídico nacional único.

Esta es una discusión de principio que tuvimos con Nina Pacari en la Asamblea Constituyente y posiblemente la tendremos también esta noche. El hecho es que la Constitución ecuatoriana no reconoce dos sistemas jurídicos. En el artículo pertinente [191] se declara el principio fundamental de la unidad jurisdiccional, dentro del que se establecen los jueces de paz, la mediación, etc. y también reconoce los derechos indígenas. Allí se establece que las autoridades indígenas tendrán competencia para conocer problemas internos, aplicando sus propios procedimientos, aplicando el derecho consuetudinario. Es decir, no podemos llegar a considerar que hay dos sistemas jurídicos en el país, como si existiesen dos formas paralelas y de igual jerarquía de concebir la ley y de aplicarla. Menos aún pueden haber en el país dos jerarquías de normas que se cumplen para unos y para otros de acuerdo a la ubicación territorial, a la adscripción étnica de la persona.

Si se postulan dos sistemas jurídicos en el país, también puede preguntarse por qué no hay dos funciones legislativas. ¿Por qué no decimos que el Congreso Nacional no tiene competencia para legislar sobre los indígenas, que son las comunidades las que legislan para sus asuntos y el Congreso no puede emitir leyes obligatorias para todos los ciudadanos? Llevando esta lógica del sistema jurídico paralelo no solamente a la aplicación sino a la creación de la ley, llegaremos a que el Congreso es blanco-mestizo y la ley solo se aplica para los blanco-mestizos ecuatorianos. Pero no es así. Tenemos un Estado en el cual el Congreso expresa el conjunto de la ciudadanía ecuatoriana y esperamos que así sea en el futuro en términos más amplios de lo que es ahora. Por eso defendemos la tesis que, desde mi punto de vista, garantiza la diversidad pero al mismo tiempo precautela la unidad y la igualdad. En un país pluricultural como el nuestro se considera a todas sus culturas iguales. Eso es absolutamente claro. Pero de ello no se desprende que cada cultura deba tener su propio orden jurídico. La interculturalidad puede traer consigo el pluralismo jurídico, pero éste no significa que a cada cultura corresponda un sistema jurídico paralelo y de igual jerarquía que el estatal.

En Ecuador no puede haber lo que he oído llamar “interculturalidad jurídica”, porque la interculturalidad es un fenómeno de la cultura y lo jurídi-

co es la dimensión normativa. Si se quiere, en el país debemos encontrar formas para armonizar las normas del derecho indígena y del derecho común ecuatoriano, establecer lo que se puede llamar “interjuridicidad”, es decir, cómo normas jurídicas de distinta vertiente, de distinta concepción cultural pueden insertarse en un solo sistema, para que los ecuatorianos sepamos que estamos regidos por un sistema en el cual todos tenemos garantías iguales. Y eso debe darse dentro de la unidad y el orden jurídico, dentro de la ciudadanía que es la igualdad ante la ley.

El texto del proyecto dice: “estarán sujetos a las autoridades indígenas los litigios que en cualquier materia se suscitaren entre indígenas. Los litigios en los que sean parte los indígenas y no indígenas estarán sujetos a los órganos de la Función Judicial o a la autoridad indígena de acuerdo con las prescripciones de esta ley” (Art. 7) Si a esto se añade aquello que en el estudio publicado junto al proyecto, se admite con mucha claridad: que entre los indígenas no hay división de funciones o poderes, ni tampoco hay distinción de instancias jurídicas, encontramos una realidad que no podemos menos que objetar. Si se admitiera lo dicho, resultaría que en el Ecuador existe un conjunto de ciudadanos que viven en una sociedad sin diferenciación de poderes y, lo que es más, sin derecho a que sus conflictos puedan ser considerados por instancias superiores que garanticen la posibilidad de revisar un error o injusticia.

ETNOCENTRISMO VS. INTERCULTURALIDAD

La discusión sobre la administración de justicia indígena está inserta en el debate global sobre la cuestión indígena del país y de América Latina. Y ese debate se da a partir de las tendencias reales que se dan en nuestras sociedades. Reconozcamos dos hechos en primer lugar. Primero, toda la historia del Ecuador se ha asentado sobre la exclusión de los indígenas, la explotación socioeconómica de los pobres y el racismo, entre otras cosas. Segundo, en las pasadas cinco décadas, especialmente en las dos últimas, se ha dado un gran desarrollo de la conciencia indígena y una demanda por el reconocimiento de sus derechos. En la lucha por ese reconocimiento se ha dado un gran desarrollo de planteamientos reivindicativos dentro de las organizaciones de los pueblos indígenas. Pero en el pensamiento y las posturas reivindicativas se han ido diferenciando dos tendencias: una de corte etnocentrista y otra de actitud intercultural.

Desde grupos de dirigencia asentados en varias organizaciones indígenas y desde sectores mestizos que están vinculados al movimiento indígena, se ha desarrollado una postura claramente etnocentrista. Se ve al país, toda la realidad, a partir de lo indio y de la consigna de acentuar las diferencias entre ecuatorianos. Se trata de una tendencia a la exclusión de los indígenas. Muchos, la mayoría quizá con indudable buena voluntad, han llegado a pensar que defender los derechos de los indios, es satanizar lo blanco o lo mestizo, establecer un sistema de aislamiento que, aunque se lo niegue sistemáticamente, en realidad trata de fundar un Estado indio o varios estados indios dentro del Estado ecuatoriano. La caída del paradigma de la “vanguardia obrera” ha llevado a algunos a buscar la “vanguardia indígena” en la lucha social. Ante la crisis se ha ido desarrollando un fundamentalismo indígena, que muchas veces está oculto en posiciones de apariencia moderada, pero que pretenden, por ejemplo, la división de buena parte del territorio nacional en territorios indígenas.

Claro que el etnocentrismo no es original de los indígenas, que más bien son culturalmente abiertos, sino producto de siglos de dominación. No cabe duda de que el etnocentrismo de la sociedad ecuatoriana es dominante, es perverso. Pero eso no quiere decir que entre indígenas no haya posturas etnocentristas. Las hay y bastantes. Felizmente entre los indígenas –justo es reconocerlo– hay más tendencia a aceptarlo como un problema, que entre la sociedad blanco-mestiza, donde es absolutamente incensurable. Con un discurso profundamente racista, incluso se pretende negar las prácticas racistas prevalecientes. Pero el hecho de que en la sociedad dominante haya más racismo no quiere decir que las posturas etnocentrista entre los indígenas y su entorno no deban ser vigorosamente combatidas.

Entre los pueblos indígenas del Ecuador hay también una postura intercultural. Aunque esta tendencia tiene raíces muy profundas en nuestro pasado, es un poco menos definida en nuestros días. Ha sido más difícil de desarrollar, más compleja para concretarse, porque las propuestas de interculturalidad, como sabemos, deben ser construidas como una realidad intencional. Felizmente hay buenos ejemplos en el Ecuador de que estamos caminando por esta senda de la interculturalidad. Los mejores ejemplos quizá los están dando las autoridades indígenas en los cantones, que tienen que manejar cotidianamente la realidad del país. La relación intercultural ha comenzado a surgir como alternativa del discurso político unilateral de algunas organizaciones, sobre todo desde el espacio local. Allí hay un paso muy importante y

ese paso el movimiento indígena lo está dando en el camino correcto. Personalmente estoy convencido de esa es una única ruta positiva en el Ecuador.

DERECHO INDÍGENA Y DERECHO ECUATORIANO

Lo dicho debería tener consecuencias en el tema que ahora nos ocupa. Debemos, por un lado, reconocer las normas y prácticas que los indígenas han desarrollado en la administración de la justicia. Por otra parte, debemos tratar de armonizarlas con las normas del derecho ecuatoriano y universal. Ahora bien, armonizar disposiciones no es sobreponerlas. Si se trata de armonizar las disposiciones de la Constitución y las leyes ecuatorianas con las normas y prácticas que ya existen en la sociedad indígena ecuatoriana, el asunto no es poner una sobre otras ni unas delante de otras, sino articularlas de manera tal que no se produzcan conflictos o que no se perjudique a la justicia.

Éste es el gran esfuerzo que tenemos que hacer dentro del marco de la interculturalidad. No debemos postular que en el Ecuador se consolide una justicia para blanco-mestizos y otra para indígenas. El ideal no es un derecho para blancos y un derecho para indios. En la Colonia, el régimen de discriminación estableció una “República de blancos” y una “República de indios”, con legislaciones separadas para cada quien. Si ahora queremos vivir en una república democrática y moderna no debemos intentar retroceder en la historia, volver al pasado colonial. No podemos pensar en el futuro del Ecuador con un disfraz corporativo. Por desgracia, tenemos que admitir que detrás de ciertos postulados que pretenden reivindicar los derechos indígenas, hay una visión corporativa del Estado nacional. Esta visión corporativa no es un avance, es una regresión para los pueblos indígenas y para el país como unidad. Me parece que una de las grandes limitaciones del proyecto que discutimos es que parte de una visión corporativa de la presencia de las nacionalidades o pueblos indígenas en el Ecuador.

Una de las grandes luchas de la democracia ha sido la lucha contra la existencia de los fueros corporativos. Esta lucha ha ocupado a la humanidad durante más de diez siglos. En el Ecuador, la supresión del fuero eclesiástico, la limitación del fuero parlamentario y del militar que ahora recoge nuestro sistema jurídico, es un avance importante al que no debemos renunciar. Para hacer efectivos los derechos indígenas o afroecuatorianos no se puede establecer otro sistema de fueros –o como quiera llamárselo– como un avance jurídico. Eso no está bien.

Hay que mantener la democracia al margen de visiones corporativas. Por ello me he opuesto a que el Congreso u otras instituciones, que deben ser expresión de la participación democrática, se integren con representaciones corporativas, aunque éstas fueran indígenas. La universalidad de la ciudadanía está en contra de la elección corporativa, que niega el principio de la universalidad. Felizmente, la realidad de nuestro país en los años recientes ha negado en la práctica esas pretensiones. Diputados, alcaldes, consejeros, concejales y miembros de las juntas parroquiales indígenas han sido electos en votación universal. Y todos ellos representan en el ejercicio de sus funciones a la ciudadanía y no a grupos específicos. Pongamos dos ejemplos. La diputada nacional Niña Pacari Vega es la representante de un amplio conjunto de ecuatorianos y ecuatorianas que se sintieron representados por ella. El alcalde otavalo Mario Conejo es el alcalde de todos los otavaleños y no solo de los indios de ese cantón. El que personas como ellos fueran electos por el conjunto de los votantes demuestra que los indígenas como ciudadanos y ciudadanas pueden superar la marginación y que pueden representar a toda nuestra sociedad diversa.

Pensemos entonces que al poner en práctica la garantía constitucional que reconoce la existencia de la administración de justicia indígena para asuntos internos, se atiende a una parte de la cuestión solamente. La otra parte, necesaria, indispensable diría yo, es que todo el derecho ecuatoriano debe recoger nuestra realidad diversa, nuestro proyecto intercultural como país. Debe haber un derecho ecuatoriano que reconozca atribuciones específicas y diferencias, pero que también incorpore para observancia de todos, los elementos de la cultura indígena. No podemos dejar al derecho ecuatoriano como imitación del francés o del alemán, sin reconocer la naturaleza de nuestra sociedad. El derecho común de todos los ecuatorianos debe reconocer las especificidades de las comunidades indígenas, pero debe también recoger en sus principios y disposiciones aquellos elementos culturales de raíz indígena que nos son comunes. Si las instituciones del Ecuador no son capaces de incorporar la diversidad de culturas y prácticas jurídicas, entonces no son ecuatorianas, estamos fracasando como país.

Pongamos un ejemplo que ya estamos viviendo. En este país debe haber y hay un sistema de educación indígena específico. Todos hemos podido coincidir en que la creación de la “educación intercultural bilingüe” fue un gran avance. Nuestro compromiso como país es robustecerlo y financiarlo adecuadamente. Pero para que haya verdadera interculturalidad debemos re-

conocer y evitar dos peligros. Primero, que se considere que la educación indígena, aunque se llame intercultural, en realidad se constituya en un sistema aislado, que robustezca el etnocentrismo, considerando que es mejor mientras menos tiene que ver con el conjunto de la educación nacional. Segundo, el peligro más grave; que se crea que con tener educación indígena hayamos saldado nuestra deuda intercultural con el Ecuador. La verdad es que todo el sistema nacional de educación ecuatoriano tiene que ser intercultural, tiene que reflejar y cultivar la diversidad. Y en esto hemos hecho poco, por no decir nada. En el marco de las reformas educativas, debe enseñarse cultura indígena a todos los ecuatorianos, enseñarse raíces quichuas o raíces de otros idiomas indígenas a todos los ecuatorianos. Si no hacemos un sistema educativo general para la mayoría de la población ecuatoriana que sea intercultural estamos manteniendo una educación de segunda categoría, aislada para los indios, pero ni siquiera intentamos cambiar el país.

Lo mismo que planteamos sobre la educación podemos sostener sobre la justicia. Reconocer la competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia es una parte del problema. La otra parte es hacer que nuestro sistema jurídico responda a una realidad intercultural. Esto quiere decir que al mismo tiempo que establecemos garantías para que se legalice la práctica de administración de justicia que tienen las comunidades, debemos pensar que en el sistema jurídico común ecuatoriano deben desarrollarse los aportes indígenas. Al mismo tiempo debe haber indios con el aporte de sus culturas, pero con solvencia jurídica en todos los niveles, hasta los más elevados de la función judicial. Lo mismo debería suceder en otros ámbitos del sector público, como en el servicio exterior, por ejemplo, donde hay un desbalance étnico y regional escandaloso. Pensar que la solución al discrimen es plantearse un procedimiento excluyente, sin lazos de relación entre ecuatorianos, es un peligro.

TERRITORIALIDAD Y JURISDICCIONES

Habiendo expresado algunos puntos generales, quisiera hacer varias observaciones más específicas sobre el proyecto que nos ocupa. Una vez más advierto que voy a enfatizar mis diferencias, sin mencionar en mis coincidencias, ya que éstas no están, a mi juicio, en discusión. Ayer Nina Pacari decía algo que debemos rescatar en la búsqueda de la solución de todo el problema que estoy planteando. Decía que no se debe partir de posturas principistas pa-

ra, a partir de ahí, tratar de formular soluciones. Al decir que hay un solo sistema jurídico y solamente reconocemos ciertas competencias para las autoridades indígenas o, por el contrario, al afirmar que hay dos sistemas jurídicos en el país y solo el Tribunal Constitucional, como lo afirma Julio César Trujillo, sería competente para conocer las diferencias, estamos en dos polos del debate. Pero podemos ponernos en el espacio de la realidad y establecer desde allí los posibles contenidos concretos de la ley que discutimos. En la práctica las competencias pueden distribuirse desde las prácticas que ya existen y funcionan. Como Miguel Llucó planteaba, tratemos de partir desde lo concreto.

En la tarea de distribuir las competencias no vamos a encontrarnos con el principismo global, sino con problemas concretos que son, además, los de la vida cotidiana de los indígenas. ¿Cómo se establece, pues, la jurisdicción y la competencia? El proyecto, a mi juicio, de manera muy correcta plantea dos formas: la primera, la de pertenencia. Si una persona es indígena —y creo que la definición del proyecto es bastante confusa—, el hecho de serlo hace que esté sujeto a la competencia de las autoridades indígenas en términos de su vinculación a la comunidad. Si una persona es comunero está sujeto a la normatividad de la comuna y eso parecería clarísimo, pero la pregunta es ¿y cómo ejerce la comuna, desde el punto de vista de pertenencia, su jurisdicción cuando la persona está fuera?

Ahora bien, la pertenencia es siempre una aceptación voluntaria, a menos que se viva en la comunidad; porque cuando se vive en la comunidad ya no es un problema voluntario. Si es comunero de Tocagón, allí están las normas de Tocagón. Aquí hay un asunto claro que el proyecto desarrolla adecuadamente. Pero cuando un indígena sigue siéndolo —y hay generaciones de indígenas que les ha sucedido eso— pero va a vivir a una ciudad o a otro lugar en donde no hay una comunidad organizada, el problema es qué pasa con estos indígenas.

El proyecto plantea para ello dos salidas que tienen que ver con la jurisdicción sobre el territorio, es decir, adicionalmente a la pertenencia plantea que las autoridades indígenas ejercerán su jurisdicción en un territorio. Sin embargo ni la Constitución, ni la ley, ni esta ley en particular, ni ningún proyecto de ley que yo conozca, establecen “territorios indígenas” en el país. No hay en el Ecuador la figura jurídica del territorio indígena. La adjudica el territorio solamente a la soberanía del Estado nacional. Eso implica que, en la

práctica, aunque este proyecto fuera aprobado, sería imposible que se ejerza esa jurisdicción de base territorial, puesto que no existe esa base territorial definida.

Aunque pareciera obvio que allí donde hay mayoría de población indígena existe un territorio indígena, eso no implica un ámbito claro de la jurisdicción. El territorio nacional se divide en provincias, cantones y parroquias. Allí viven los indígenas. La Constitución vigente estableció para la división territorial las circunscripciones territoriales indígenas, que como elementos de la división política equivaldrían a los cantones. Aunque esto no está desarrollado, se argumentó en la Asamblea que debían crearse esas jurisdicciones en aquellos lugares en donde el cantón, entendido como la unidad política, no funciona, sino que se requiere una forma de organización territorial que está dedicada exclusivamente a los pueblos indígenas.

Siempre siguiendo el contexto de la discusión constitucional, deberían crearse esas jurisdicciones en aquellos lugares en donde solo viven indígenas que, para preservar su cultura, sus derechos, sus modos de vida, su medio ambiente, requieren de una organización político-estatal específica. Se mencionó entonces el caso de varios pueblos indígenas amazónicos o pueblos afroecuatorianos asentados en espacios rurales. Personalmente creo que el establecimiento de estas jurisdicciones debería ser una opción excepcional, para el caso de comunidades, pueblos indígenas o negros que viven una vida más bien separada, fuertemente diferenciada. Pero la mayoría de los indígenas y negros ecuatorianos viven en espacios territoriales, rurales y urbanos, marcados por la diversidad. Son espacios multiétnicos. No creo que a nadie se le vaya a ocurrir plantear que los cantones Otavalo, Cotacachi o Colta, por ejemplo, puedan pasar a ser circunscripciones territoriales indígenas. Esos lugares paradigmáticos de población mayoritaria indígena, son históricamente multiétnicos, con una presencia importante blanco-mestiza que, por lo demás es reconocida y defendida por los propios indígenas. Allí no sería posible crear tales jurisdicciones porque más bien están en la línea de robustecer municipios basados en la interculturalidad.

Las jurisdicciones territoriales indígenas deben crearse —ojalá pronto— en sitios donde son necesarias, pero la mayoría de los indios del país seguirán viviendo en los límites de la convencional división política del país. Es verdad que hay quienes piensan que se debe desarrollar esas jurisdicciones a partir del reconocimiento o invención de “pueblos” indígenas en la Sierra, como se lo hizo por vía administrativa en un desafortunado reglamento del CODEM-

PE, pero creo que es un error establecer ámbitos territoriales de exclusión indígena. La política de “reservaciones” a la norteamericana es una política incorrecta, aunque a algunos dirigentes indígenas parece que les encanta la idea. El único territorio indígena, o lo más parecido a él, que ahora existe, es el huaorani, que si bien puede pensarse como ejemplo, también debe considerarse como excepción.

De acuerdo con nuestra legislación, las comunas tienen tierras, pero éstas son una proporción mínima de la superficie en los sitios de población indígena, aún ampliamente mayoritaria. Las tierras indígenas en su mayor proporción están en manos privadas, son de propiedad particular y sujetas a la legislación común vigente en el país. Pero aún cuando las tierras comunales y privadas indígenas, sin base legal, se podrían considerar como territorios indígenas, todavía la mayoría de los espacios donde viven los indios no serían considerados tales. Las haciendas, las pequeñas y medianas propiedades de titulares blanco-mestizos, las tierras públicas, estatales y municipales no podrían formar parte de “territorios indígenas” para efectos de que sus autoridades ejerzan la jurisdicción. Si no hay un concepto claro de territorio —y el proyecto habla todo el tiempo de territorio— ¿a qué estamos refiriéndonos? Si no se ha definido la territorialidad y no es posible definirla de acuerdo a nuestras normas constitucionales, porque territorio solo tiene el Estado como espacio de su soberanía ¿cómo vamos a plantear el problema de la jurisdicción territorial? Una cosa es que hayan tierras en propiedad de comunas y en propiedad de indígenas privados y otra cosa es que eso pueda considerarse territorio. Ese salto no lo da nuestra Constitución ni ninguna ley y, que yo sepa, no hay visos de que así suceda. Pero, digámoslo categóricamente, éste es un problema serio para los pueblos indígenas en todo el mundo. La territorialidad es una cuestión fundamental que hay que desarrollarla. Éste es un asunto que debemos seguir debatiendo.

El segundo problema planteado frente a la administración de justicia indígena es lo que sucede con los que están fuera del territorio. ¿Cómo se juzga a indígenas que viven en las ciudades o negros que han migrado al Guasmo o a la ciudad de Ibarra? Allí también hay una cuestión que complica enormemente la situación. Para este segundo caso, podría respetarse el principio que consta en el proyecto, que el que juzga tiene que considerar la situación cultural del juzgado. Para administrar justicia, tiene que ubicarse en la realidad de la persona que juzga. Pero en este caso las autoridades indígenas de las comunas ya no tendrían jurisdicción, sino los jueces comunes.

Deben, por lo tanto, definirse las competencias en la ley. No se puede establecer en genérico, como parece que establece el proyecto, que todo conflicto entre indígenas es cuestión de las autoridades indígenas y ahí termina todo, porque ellos tienen su propio sistema jurídico. Hay que decir en qué niveles y circunstancias se aplican las normas. Es verdad que una vez que las autoridades indígenas tienen competencia, no puede decirles el Estado cómo administrar justicia sino dentro del marco de la Constitución, porque allí se aplican sus normas propias. Pero habría que determinar qué tipo de casos pueden conocer las autoridades indígenas, no todos los que ellas consideren como “asuntos internos”. Por ejemplo, en los propios artículos de la Constitución se establece la existencia de los jueces de paz. A mí me parece clarísimo que hay que definir que las mismas competencias que van a tener los jueces de paz, tengan las autoridades de las comunas indígenas. Desde luego, hay que encontrar otros ámbitos de competencias que deberían plantearse para las autoridades comunales. Pero, a mi juicio, la competencia no puede ser ilimitada.

Pero hay aspectos que deben ser considerados con cuidado. En caso de asesinato, por ejemplo, no estaría tan seguro que la decisión tomada por la comunidad no podría ser revisada y que las autoridades del Estado deberían limitarse a hacer cumplir la sentencia. Hay que encontrar una instancia, quizá mixta, entre autoridades comunales y jueces penales, que pudieran revisar esos casos. Tradicionalmente, el único espacio de administración de justicia indígena es la comuna, el centro en el caso de los shuar. Las organizaciones de segundo y tercer grado no tienen práctica ni competencia para ejercer funciones jurisdiccionales. Una federación de comunas o una confederación nacional no es, según la propia práctica indígena, un ente de administración de justicia. Desde luego, esas organizaciones y sus autoridades pueden resolver conflictos intercomunitarios. Si hay problemas entre dos comunas, la federación podrá ser competente, pero actuar como segunda instancia donde no existe —la propia investigación realizada por los autores del proyecto, dice que no existen instancias— no me parece que podamos inventarlo ahora. Tratar de que el consejo de gobierno de la CONAIE o la directiva nacional de la FENOCIN suplanten a las cortes superiores o a la Corte Suprema en casos de apelación sería llevar el fundamentalismo indígena a un extremo.

Uno de los problemas fundamentales del mundo es la vigencia del debido proceso que implica un derecho de apelación en algunos casos. Si ese derecho de apelación no está garantizado claramente, si no está explicitado con toda transparencia en la legislación, estaríamos violando una garantía. Todo

ecuatoriano o ecuatoriana tendría siempre derecho de apelar a una autoridad superior para que juzgue algo que considera que en la instancia inferior no fue agotado. Eso no quiere decir que las autoridades indígenas sean inferiores, pero debe hallarse una instancia, a lo mejor constituida en forma mixta como ya lo sugerí, que garantice la revisión de la administración de la justicia en ciertos casos graves. Quiero decir que el problema de la apelación tiene que resolverse en el proyecto, porque es un derecho fundamental que un caso pueda ser revisado en la instancia respectiva. Es un derecho de todos los ciudadanos.

Esta mañana me decía un estudiante algo que les podría preocupar a ustedes. Que yo estoy diciendo que como los indígenas no están capacitados para juzgar delitos mayores como el asesinato, entonces se les da solamente competencia sobre faltas leves y los más importantes les mandamos a las autoridades del Estado. Eso es un problema de niveles de competencia y jurisdicción. Tampoco encargaría juzgar un delito grave a un teniente político o a un comisario, a un general o a un obispo. Para eso están los tribunales especializados. No es un problema racial ni étnico. Es cuestión de establecer la garantía de que la justicia se cumpla de la mejor manera posible, sobre todo si están implicadas personas que no pertenecen a la comunidad y las cuales por haber cometido un delito, una infracción, una falta dentro de la comunidad, pueden y deben ser juzgados con independencia. Estoy planteando aquí una división razonable de competencias, que me parece fundamental en el debido proceso

Luego viene otro problema: el caso de los no indígenas –con todo lo odioso que resulta este nombre– que se deben someter a la jurisdicción de las autoridades indígenas. El proyecto prevé algunos casos. Si un mestizo o negro vive en una comunidad indígena debe sujetarse a sus normas. Esto es clarísimo. Si un mestizo esta inserto en una comunidad ya sea por matrimonio, porque tiene una tienda, porque aconteció que compró un terreno, porque siendo indígena se ha “blanqueado” en el proceso y ahora ya se considera blanco-mestizo, es evidente que tiene que obedecer las normas de la comuna. Sin embargo, una cosa es acatar las normas de funcionamiento de la comuna y otra cosa es que este blanco-mestizo, negro o de otra identidad étnica quede del todo sujeto a la jurisdicción de las autoridades de la comuna para cualquier caso jurídico que se plantee, como dice el proyecto. Eso es algo que debe corregirse, porque si no vamos a violar sistemáticamente los derechos de los ecuatorianos, simplemente por el lugar del territorio en donde viven. A ninguna

persona se le puede negar derechos fundamentales que le da la Constitución, con el pretexto de aplicar derechos de otros.

Quisiera que observemos el proyecto cuando dice: “las infracciones cometidas por un no indígena en el territorio de una colectividad, pueblo o nacionalidad indígena serán juzgados por la autoridad indígena y el responsable será remitido por el representante de la respectiva colectividad al Juez de la Función Judicial del Estado, para que le imponga la sanción que corresponda según la ley a la infracción de que se le haya declarado culpable, excepto las indemnizaciones patrimoniales que serán las fijadas por la autoridad indígena, para cuyo cobro los interesados podrán hacer uso de las medidas de apremio previstas en el derecho estatal y al efecto los alguaciles y depositarios cumplirán la orden de la autoridad indígena.” (Art. 13, numeral 1).

En esta disposición encontramos varias dificultades. La primera es que no existiendo territorios indígenas, o no estando clara su naturaleza no es posible determinar si un no indígena está en territorio indígena. Segunda, cuando el no indígena es juzgado por indígenas, se supone que se aplicarán las normas del derecho indígena, pero en cambio, son las autoridades competentes las que deben imponer la sanción, que está tipificada en la legislación de la república. Tercera, el establecimiento de las indemnizaciones en forma unilateral provocaría, no la solución sino la agudización de los conflictos. Me parece que todo ello no es armonizar los procedimientos, sino caotizarlos.

Luego viene el caso, por ejemplo, de las faltas que no están sancionadas en la ley estatal y que pudieran cometer no indígenas que viven en territorios indígenas, que, de nuevo, es imposible definir. El proyecto dice: “Las faltas que no estuvieren contempladas en las leyes del Estado, que fueren cometidas por los no indígenas en perjuicio de indígenas, en territorio de estos, se resolverá de conformidad con las siguientes reglas: 1. El no indígena que tuviera su domicilio, residencia, negocio, industria en el territorio de la comunidad indígena será juzgado por la autoridad indígena de acuerdo, en todo, con el derecho indígena. 2. El accionado podrá usar su idioma materno en su defensa”. Se desprende de ello que el juicio sería en el idioma indígena, aunque el acusado no lo entienda. Su derecho se limita a que él puede hablar su lengua.

Esto es grave. Primero porque se vuelve a hablar de “territorio” para definir el ámbito de la competencia. Segundo, porque es una garantía fundamental que si no está tipificada una falta, contravención o delito, no puede sancionarse. Podría decirse que la costumbre también es una forma de tipifi-

cación, pero la existencia de la sanción demanda extrema claridad en estos casos para no cometer abusos. Ésta es una garantía básica. Tercero, si la Constitución garantiza a los indígenas que, si así lo demandan, puedan ser juzgados en su propia lengua y usar su propia lengua para defenderse ante los jueces, estamos ahora poniendo a quien no es indígena en una situación adversa, porque solo se le hace la concesión de que pueda defenderse en su idioma, aunque los jueces hablen uno que no conocen. Parece extraño que cuando nos empeñamos por garantizar a los indígenas, históricamente discriminados, el derecho a ser juzgados en su idioma, se lo niegue a quien no es indígena.

Dice el proyecto: “Si el no indígena no acatara o no cumpliera la resolución de la autoridad indígena será expulsado de ella y sus tierras pasarán al dominio de la respectiva colectividad, salvo los muebles, semovientes y más bienes que puedan ser separados de la tierra. El valor de la tierra, edificaciones y los cultivos permanentes o semipermanentes, una vez fijado el precio por un perito, será pagado por la colectividad para entrar a ocupar las tierras”. Esto se llama confiscación en cualquier lugar del mundo. Puede ser que sea parte del derecho indígena, pero esto atenta contra las garantías fundamentales de la sociedad ecuatoriana y no se podrá elevarlo al nivel de norma sin atropellar las garantías generales que tenemos los ciudadanos.

Para los problemas que se plantean en los conflictos fuera de la colectividad, hay dos alternativas en el proyecto: los tribunales mixtos —que me parece que son un problema muy serio— o la alternativa de un procedimiento que está establecido en el artículo 5 del proyecto, en el cual se dan garantías al indígena para defenderse en su idioma materno, exigir que el tribunal tenga peritos que le entiendan en su idioma materno y toda una serie de normas que establecen cómo se ha de considerar la situación cultural y étnica de la persona para emitir la sentencia; lo cual me parece absolutamente correcto.

Quisiera hacer una observación sobre la validez y vigencia de los reglamentos internos y actas escritas. Dice el artículo 9: “Los reglamentos que las colectividades indígenas hayan adoptado para recoger su derecho no necesitan ser aprobadas ni registrados por ninguna autoridad ni archivo estatales para su validez. La autoridad indígena, con o sin intervención de los interesados, podrá dejar constancia de sus resoluciones en actas escritas para que sirvan de precedente con el valor que éste tenga en su Derecho consuetudinario”.

De la redacción citada podría deducirse que ecuatorianos indígenas, o aun el resto de nosotros, puede/podemos quedar sujetos a normas que no co-

nocen o no conocemos. Si a esto añadimos el hecho de que la autoridad indígena podrá dejar constancia de sus resoluciones sin la intervención de los interesados, esto también viola una garantía fundamental.

Desde luego, quienes viven en comunidad conocen las normas que en ella rigen y en este caso, es perfectamente aceptable la idea de que puedan establecerse reglamentos internos. Pero estos no pueden ser aplicables sobre todo en casos penales a personas que ni forman parte de la comunidad ni conocen las normas, consuetudinarias o escritas con las que van a ser juzgados.

ALGUNAS SUGESTIONES

Al concluir, querría contribuir al necesario esfuerzo de ajuste al proyecto. Lo hago en términos positivos, aspirando que pronto sea ley de la república. Para ello creo que habría que trabajar fundamentalmente en algunos puntos que me permito enunciar, aunque brevemente.

Primero, hay que perfeccionar la propuesta presentada limitando las competencias y estableciendo con claridad los casos, de manera en que pueda viabilizarse la aplicación de la justicia indígena. Desde luego que, para ello, aceptamos el principio desarrollado en este proyecto de que las autoridades indígenas una vez que tienen competencia, juzgan conforme a sus prácticas, costumbres, etc. La ley no puede decir cómo se aplica el derecho indígena, no puede reglamentarlo. Debe solo garantizarlo. Eso no está en discusión. Lo que, a mi juicio, se limita aquí es efectivamente el ámbito, que no puede ser cualquier caso, sino solo aquellos que la propia ley determina.

Segundo, pensemos en la necesidad de que todo el gran acervo de experiencia que tienen los pueblos indígenas pueda ser conservado. Para ello la propia ley y otras normas deben tender a que se registren tanto las reglas como las prácticas del derecho consuetudinario. Esto supone que vayan desarrollándose normas escritas. Felizmente en los pueblos indígenas ecuatorianos ha aumentado el alfabetismo y hay un rescate, aunque sea conservador o modesto, de las propias lenguas indígenas. Sería ideal que, en muchos casos, las normas puedan escribirse, porque eso es una garantía para todos. La costumbre también puede recogerse por escrito. El propio Julio César Trujillo, en algún otro de sus trabajos, sostiene que entre los indígenas no solamente hay normas consuetudinarias sino también normas escritas. Muchas de ellas se escribieron no hace mucho y vienen, por costumbre, además de la práctica comu-

nitaria, de la legislación de Indias, del derecho canónico, del derecho común ecuatoriano. Compatibilizar la tradición con el derecho escrito en el ámbito indígena es algo importante y debería garantizarlo la ley, hasta para que los cabildos de una comunidad vean como han juzgado los de otra comunidad, para que justamente funcione la posibilidad del derecho consuetudinario.

Tercero, hay que plantearse desarrollar un derecho ecuatoriano que incluya, además de la posibilidad de que las autoridades indígenas administren justicia, que es lo que la Constitución garantiza, aportes indígenas para las normas comunes. Mucho podríamos aprender de la práctica de arreglo de conflictos que tienen los indígenas, por ejemplo. Me doy cuenta de que el proyecto de ley se circunscribe a desarrollar la aplicación del artículo 191 de la Constitución y no trata otros aspectos. Pero esa ley no es suficiente, ni de lejos, para llegar a la equidad interétnica en este país y para la construcción de un proyecto intercultural.

Cuarto, es preciso definir qué son conflictos internos, como la Constitución lo dice. Puede haber una visión muy restringida de lo que es conflicto interno, pero también puede haber una visión muy amplia y confusa. Podría decirse, por ejemplo, que el haber establecido una tasa municipal creó un conflicto en la comuna y entonces podrían las autoridades indígenas juzgar al alcalde indígena, al alcalde mestizo o los concejales que establecieron esa tasa, si se intenta cobrar la tasa a los indígenas; eso también podría traer un conflicto interno, vistas las cosas desde cierto ángulo. Si conflicto interno es cualquier cosa disfuncional a una comunidad, entonces quiere decir que las autoridades indígenas tienen la competencia para juzgar cualquier cosa. Nuevamente, aunque estoy de acuerdo en que un conflicto interno no puede ser solo una pelea menor entre dos comuneros, tenemos que encontrar la definición y el desarrollo de ese aspecto de la norma constitucional.

Por último, hay que incorporar elementos de la diversidad al sistema jurídico ecuatoriano. Las prácticas de las culturas indígenas, negras y regionales, de la diversidad religiosa, son fundamentales. Eso implica que tenemos que hacer un reajuste, una reingeniería de la legislación ecuatoriana, no solamente desde la perspectiva estrictamente indígena o negra, sino también desde la diversidad religiosa y cultural que existe en el país. Se ha avanzado en algunos aspectos al despenalizar la homosexualidad, por ejemplo. Pero creo que todo esto implica que nos pongamos a pensar en serio en que tenemos que ir reconstruyendo el país en sus bases. No se trata de ir haciendo añadidos, au-

mentando unas reformas que se ven como concesiones, sino pensar en un cambio radical. Haber establecido la educación bilingüe o el Prodepine, dejar luego que las comunas administren justicia, no debe ser visto como concesiones graciosas, sino como un gran cambio necesario para que el país se reconcilie consigo mismo.

No debemos perder de vista que los grandes cambios se hacen con audacia pero también mediante acuerdos. En la Constituyente debatimos mucho estos problemas. Para citar un ejemplo, Nina Pacari hacía acuerdo ayer de cómo tratamos el problema de los idiomas oficiales. Me opuse a la idea original de que se declaren idiomas oficiales al castellano y al quichua, fundamentalmente por respeto a las otras lenguas indígenas del país. Al fin llegamos a una solución de transacción que formulé con mucho cuidado luego del diálogo. Esa fórmula fue aceptada por la gran mayoría y ahora es parte de la Constitución. No olvidemos que las relaciones interculturales son relaciones de transacción. Yo creo que hay que construir una gran transacción, porque los Estados, las naciones, son transacciones, son espacios de negociación, de diálogo. Esto es lo que hay que impulsar en la sociedad ecuatoriana.

Lo digo claramente, al enfrentar este importante proyecto de ley me mueve la convicción de que con ello se avanza en el reconocimiento de los derechos de los indios ecuatorianos. Pero sobre todo me mueve la aspiración de llegar a un Ecuador unido a partir de la articulación de las diversidades. En ese sentido pienso en el Ecuador como totalidad más que en sus partes, sus etnias o sus regiones. En el gran esfuerzo por construir un país unido, veo los peligros de las fuerzas regionalistas o etnocentristas que pueden causar efectos de disolución. Por ello creo que hay que apostar por un país unido. En el proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador veo una gran voluntad de avanzar en la justicia y la democracia, pero también descubro un serio peligro de que con él se aliente el fundamentalismo indígena, la parcelación del Ecuador. Por ello me he permitido hablar aquí con claridad y lealtad, como que con cada uno de estos pasos fundamentales que intentamos dar, nos jugásemos la vida de la patria.

DERECHOS COLECTIVOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

*Raúl Llasag Fernández**

SUJETOS DE DERECHO

La visión liberal, se funda en una imagen del ser humano como racional y, por ende, digno y dotado para la libertad, capaz de decidir su propio futuro de acuerdo con los mandatos de su facultad intelectual. Esta cualidad de la racionalidad se concibe como algo exclusivo del ser humano, que no poseen otros seres vivos y no dependen de las circunstancias materiales en las que se desenvuelven los individuos concretos. Sobre la base de esta visión se llega a la conclusión lógica de que los sujetos de derecho por excelencia deben ser los seres humanos, esto es, los seres racionales, y se definen como derechos de estos sujetos el de la igualdad y la libertad. Si cada individuo está dotado de razón y libertad, entonces todos y cada uno de los individuos merecen un trato igual correspondiente a su igual dignidad. Si, por otra parte, en tanto racionales los seres humanos están dotados para la libertad, deben ser tratados de la manera que su libertad se vea garantizada, para poder decidir cuál es la vida que quieren llevar.¹

Esta visión, por un lado permitió, que solo al individuo se le reconociera como sujeto de derecho, desconociendo a otros sujetos de derecho como la familia, pueblos indígenas, etc.; por otro lado, permitió la idealización del Estado monocultural, forzando a adoptar un lenguaje, una cultura, una religión, una sola forma de familia y concentrando o monopolizando la producción jurídica en el Estado, así como la utilización de la violencia legitimada.

* Doctor en Jurisprudencia, consultor externo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, de la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP, y de comunidades indígenas de Cotopaxi y Pichincha.

Desde esta perspectiva, entonces, se consagra la igualdad de los sujetos de derecho, es decir de los individuos. Igualdad, sin embargo, meramente formal.

Esta igualdad formal, en la práctica había provocado la desigualdad material, porque un individuo que no tenía dinero no tenía las mismas oportunidades que un individuo que tenía mucho dinero para acceder a los servicios competitivos que ofrecía la sociedad capitalista.

Por esta razón, diversas corrientes dentro del capitalismo del siglo pasado trataron de corregir dicha limitación, promoviendo una igualdad material de los sujetos de derechos realmente desiguales. En esa medida, se construyeron una serie de postulados que partían del reconocimiento de la desigualdad del sujeto social, que se privilegió durante gran parte del siglo pasado. Por ejemplo, el derecho laboral tuvo como una de sus principales banderas la construcción de un corpus teórico en el que, a diferencia del derecho civil, se reconocía la existencia de las clases sociales y las desigualdades estructurales entre el capital y el trabajo, y, por tanto, se colocaba del lado de la parte más débil para darle materialidad a la igualdad formal.

De tal manera que, la igualdad formal de los sujetos ante la ley no puede desprestigiar las diferencias: de los niños, la familia, mujeres, ancianos, discapacitados, homosexuales, indígenas, etc. (nuevos sujetos de derechos), sino, al contrario, debe buscar darles un tratamiento igual a los iguales y distinto a los distintos.

“La clave del principio de la igualdad no radica en la no diferenciación, sino en la no discriminación”.² La diferenciación viene determinada porque es justificada y razonable a diferencia de la discriminación que es injustificada y no razonable.³

LOS PUEBLOS INDÍGENAS, NUEVOS SUJETOS DE DERECHOS DIFERENCIADOS DE GRUPO O COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Una de las novedades más aplaudidas de la Constitución Política de la República del Ecuador vigente desde el 10 de agosto de 1998, es el haber reconocido por primera vez la diversidad étnica y cultural, lo cual le permitió ponerse a tono con las corrientes que en toda América Latina han venido reconociendo desde mediados de los años ochenta (la Constitución nicaragüense,

la Constitución de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991, la de Perú de 1993, la de Bolivia, etc.).

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, implica el reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho “los pueblos indígenas”, que tienen la posibilidad de autodefinirse como nacionalidades, conforme lo establece el Art. 83 de la Constitución.

En el reconocimiento como sujeto de derecho a los pueblos indígenas o nacionalidades, estos dejan de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser *sujetos* de derechos fundamentales.

Una de las características principales de este nuevo sujeto de derecho es su carácter colectivo, que posee formas diferentes de vida social. Por ello, este nuevo sujeto colectivo, tiene un derecho fundamental al igual que los individuos, esto es, el derecho a la vida, a la existencia como colectividad diversa, a no ser sometido a desaparición forzada. De este derecho fundamental se deriva la posibilidad de ejercer los demás, como son el derecho a reproducir su organización social y autoridad; al reconocimiento de su territorio; a participar en la administración, uso, usufructo y conservación de los recursos naturales renovables existentes en su territorio; a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, así como a participar de los beneficios que reporten estos planes y programas; a participar, mediante representantes en organismos del Estado; al reconocimiento y protección de las prácticas tradicionales; a legislar y administrar justicia.

“Los derechos fundamentales de los pueblos indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. El pueblo indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”.⁴

Es importante destacar la relación entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las personas que pertenecen a estos pueblos. Toda vez que, los pueblos indígenas hacen parte de Estados independientes como colectividades diferentes y en esa calidad gozan de derechos humanos llamados “derechos colectivos de los pueblos indígenas”; pero además los miem-

bros de los pueblos indígenas como ciudadanos ecuatorianos gozan de derechos establecidos para todos los ciudadanos, en particular es importante la garantía de la no discriminación por su pertenencia a grupos indígenas.⁵

“Estos dos conjuntos de derechos, los diferenciados de grupo y los individuales, pueden, sin embargo, entrar en contradicción. Los derechos individuales, nacidos dentro de la tradición liberal occidental, no necesariamente hacen parte de las cosmovisiones de los grupos indígenas. El despliegue de la autonomía de cada pueblo indígena puede implicar la violación de los derechos individuales de sus miembros. ¿Cuál derecho debe prevalecer entonces: el derecho del grupo o el derecho de individuo miembro del grupo? La respuesta no es fácil. Si se hace prevalecer el derecho del individuo, se está exigiendo que el grupo adopte los valores de la tradición liberal y con ellos una forma distinta de ver el mundo, lo que es contrario a la filosofía que inspira los derechos de grupo, la que sostiene que cosmovisiones distintas de la liberal también son valiosas. Si se hace prevalecer el derecho del grupo, por otra parte, se deja al individuo que hace parte del grupo sin ninguna protección del Estado al que pertenece. La mejor alternativa frente a esta disyuntiva es la del balance, o como planteaba Aristóteles, la de encontrar el justo medio, un término medio”.⁶

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO DERECHO HUMANO

Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, incluido el de administración de justicia indígena son derechos humanos, “primero, por que les son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto seres abstractos, sino por estar integrados por seres humanos, segundo, porque satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que desarrollen sus capacidades y realicen su destino”,⁷ por tanto rige el principio de indivisibilidad y complementariedad.

Los derechos humanos, “serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”⁸ y “no se podrá alegar falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución”.⁹

De tal manera que el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia, fue directa e inmediatamente aplicable desde la vigencia de la Constitución Política, esto es, desde el 10 de agosto de 1998, sin que se pueda ale-

gar falta de ley, pues, la Constitución establece que la ley lo único que realizará es la compatibilización entre la administración de justicia indígena y el sistema judicial nacional.

Veamos, entonces, en qué consiste la administración de justicia indígena.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 1998

El Art. 191, inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador dice: “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”. Este reconocimiento implica:

1. El reconocimiento del sujeto titular de este derecho, que son los pueblos indígenas, estas colectividades tienen sus formas particulares de organización social, económica, política y jurídica.
2. Cuando la Constitución hace referencia a las “autoridades de los pueblos indígenas” se trata de las autoridades que según los sistemas indígenas tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida social. “Por tanto, el pueblo indígena a través de su propio derecho determinará quien es la autoridad indígena facultada para aplicar la regla de conducta de sus miembros. De tal manera que, la autonomía no es una palabra, es una capacidad que tenemos de organizarnos, de regularnos y de resolver los conflictos, nosotros mismos. Si el Consejo Nacional de la Judicatura, nombra al juez, ese juez no es un juez indígena es un juez estatal, en lugar de ser mestizo es indígena eso y nada más, porque el poder viene del nombramiento que le extiende la Corte Suprema o el Consejo Nacional de la Judicatura. En cambio el poder de la autoridad indígena viene de la comunidad o pueblo indígena”.¹⁰
3. Al referirse a las “normas y procedimientos propios”, o derecho propio como lo preferimos llamar al interior de los pueblos indígenas. El reconocimiento incluye no solo a las normas actualmente vigentes de los pueblos

indígenas, sino a su *potestad legislativa específica para producir normas*, ya sea creando o modificando, a fin de regular su vida social y organizar el orden comunitario interno. “Por ello, posiblemente de una forma lo hagan los kichwas, de otra forma los shuaras, los cofanes, los eperas, etc. Este derecho es tan respetable como el derecho estatal. Los pueblos indígenas tienen su propio mecanismo para crear sus normas, para crear una regla. De la misma manera que la autoridad indígena no podrá indicarle a la autoridad estatal cómo ha de crear una ley, ésta no podrá indicarle cómo ha de crear el derecho indígena ni quien ha de aplicarlo”.¹¹

4. Según la teoría clásica del derecho procesal uno de los tres elementos de la jurisdicción es la *notio*, que se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponde a cada juez, en este caso a las autoridades de los pueblos indígenas. La *notio* presupone la facultad de citar a las partes, recaudar las pruebas, hacer notificaciones, etc. Las reglas de competencia, siguiendo a esta teoría, están determinadas por la materia, personas y territorio.

La Constitución Política no hace ninguna limitación de la competencia de la autoridad indígena en cuanto a la materia, por tanto será competente para conocer todo tipo de materia, ya que, por cierto, en el derecho indígena no existe la división que conoce el derecho estatal. Tampoco hace referencia a la limitación de la competencia en cuanto se refiere al territorio y personas. Solo habla de la solución de “conflictos internos”. Entonces, lo que nos queda por indagar es ¿qué se entiende por conflicto interno? La respuesta no es tan fácil.

Obviamente no existe duda de que la infracción de las normas internas del pueblo indígena, cometidas entre sus miembros o entre un miembro y un no miembro dentro de la jurisdicción territorial del pueblo indígena, es un problema interno, por tanto de competencia del pueblo indígena en donde se cometió la infracción. De igual modo sucedería en el caso de que entre miembros de un pueblo indígena violen una norma interna fuera del territorio indígena.

Inclusive, las infracciones de las normas internas del pueblo indígena cometidas por no miembros de los pueblos indígenas dentro de su jurisdicción serán de competencia de las autoridades de los pueblos indígenas.

Como tampoco queda duda de la jurisdicción estatal cuando no miembros de los pueblos indígenas cometan un acto dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena, en la cual no está prevista como infracción, pero dentro de la jurisdicción estatal sí sea considerada como tal.

El asunto se torna discutible, cuando dos miembros de los pueblos indígenas cometen una infracción de la ley estatal fuera del territorio del pueblo indígena, o cuando un miembro del pueblo indígena y uno no miembro cometan una infracción de la ley estatal también fuera del territorio indígena; así como, cuando un miembro del pueblo indígena con un no miembro cometen un acto determinado como infracción en el derecho indígena y lo cometan fuera del territorio indígena, en este último caso, puede ser considerado como un conflicto interno, pues, se viola una norma interna de la comunidad, que desestabiliza el orden social establecido.

En los casos en que fueran de competencia del juez estatal, está plenamente garantizado que jueces estatales que juzguen a los miembros de los pueblos indígenas deben considerar su cultura y costumbres, conforme lo establece el Art. 9 del Convenio 169 de la OIT. Esto puede dar lugar a la exención de responsabilidad penal cuando la comisión del hecho punible se basa en un condicionamiento cultural. Si se impone sanciones en estos casos, éstas deben ser perfectamente alternativas a la cárcel, por así ordenar el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT.

Pero las preguntas pueden seguir surgiendo: ¿Cuál es el territorio indígena?, desde luego el territorio incluye no solamente los reconocidos como propiedad, sino también los que tradicionalmente han sido ocupados por el pueblo indígena, conforme lo establece el Art. 14 del Convenio 169 de la OIT.

En resumen se ha de considerar conflicto interno, cuando se violente una norma interna, ya sea por sus miembros o no miembros. De ahí que, existen tres factores que determinan los asuntos que pueden conocer las autoridades de los pueblos indígenas en calidad de administradores de justicia: la norma que se infringe, territorial y el factor de pertenencia a un determinado pueblo indígena.

5. Se reconoce a los pueblos indígenas el *iudicium*, otro de los elementos de la jurisdicción en la teoría clásica del derecho procesal, que consiste en la

facultad de resolver el asunto sometido a consideración de la autoridad indígena.

6. Finalmente se reconoce el *imperium*, que consiste en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones.

Hay quienes sostienen que la facultad de resolver conferida a las autoridades de los pueblos indígenas está limitada por cuanto no deben ser “contrarios a la Constitución y las leyes”. Si el derecho a administrar justicia es un derecho humano colectivo reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas, no podría restringirlo ninguna ley, si de hecho lo limita estaremos frente a una ley inconstitucional y por lo tanto inaplicable.

El conflicto surge cuando el pueblo indígena, haciendo uso de su derecho humano colectivo constitucional, impone una sanción que esté en contradicción con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución Política para todos los ciudadanos ecuatorianos. En este caso, tendríamos que preguntar ¿cuál de los derechos humanos prevalece, el colectivo de los pueblos indígenas o el individual? Me parece que la mejor opción es llegar a un diálogo de interlegitimidades o permitir el desarrollo de la interculturalidad jurídica.

Pero, ello implicaría, conocer y entender a esas colectividades diversas y esto demanda de elementos intersociales, interculturales y multidisciplinarios que permitan construir sistemas lógicos estructurados, eso a su vez obliga a cambiar tanto la mentalidad como los referentes y actitudes racistas y etnocéntricas, porque dichos marcos no permiten análisis científico alguno. Pero ese cambio también tiene que producirse al interior de los pueblos indígenas, porque igualmente hay visiones indígenas culturalmente aceptadas y practicadas por mucho tiempo, pero que no necesariamente son expresión de lo bueno y mucho menos de la normal.

“Por tanto, así como es importante que los miembros de la sociedad hegemónica acepten que existen diferentes concepciones de hombre, sociedad y maneras particulares de organizar el mundo, que no hay seres humanos con condiciones biológicas superiores o inferiores, es indispensable también, que algunos pueblos indígenas inicien procesos mentales y ejercicios de enfoque para poder ver de otra manera, lo que solo se logra mediante una dinámica de diálogo que permita ir aprendiendo por fuera del propio referente”.¹²

CONCLUSIONES

1. El Art. 191, inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador establece la jurisdicción especial indígena.
2. El derecho a administrar justicia es un derecho humano colectivo, por tanto directa e inmediatamente aplicable, sin que se pueda exigir como condición la existencia de una ley.
3. La Constitución exige únicamente una ley que haga compatibles los dos sistemas, pero en cuestiones que exista duda, porque hay situaciones que están claras. Ello no implica que los pueblos indígenas no puedan ejercer el derecho humano constitucional.
4. La jurisdicción especial indígena comprende, al igual que la jurisdicción del Estado, los poderes para conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones haciendo uso de la fuerza pública (*notio, iudicium e imperium*).
5. El derecho a administrar justicia de cada pueblo indígena está acompañado del reconocimiento de las normas y procedimientos de cada pueblo indígena, así como de la facultad legislativa.
6. La competencia de las autoridades de los pueblos indígenas no está limitada por la materia, por lo tanto es competente para conocer todo tipo de conflictos.
7. El conflicto interno se lo debe entender como la infracción de las normas internas de un pueblo indígena. Por ello la competencia no se limita exclusivamente por el territorio o la pertenencia étnica, sino por los efectos que causa la infracción al interior del pueblo indígena.

Notas

- 1 Esther Sánchez Botero. *La jurisdicción especial indígena*. Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000, p. 96.
- 2 Angel Garrorena Morales. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. Madrid, Tecnos.
- 3 Revisar Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, especialmente la sentencia C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

- 4 Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, ST-380 de 1993.
- 5 Véase estas garantías en la mayoría de las declaraciones internacionales.
- 6 E. Sánchez Botero. *Op. cit.*, pp. 108 y 109.
- 7 Julio César Trujillo, “Derechos Colectivos”. Artículo, p. 4.
- 8 Inciso primero del Art. 18 de la Constitución Política de la República del Ecuador.
- 9 Inciso tercero del Art. 18 de la Constitución Política de la República del Ecuador.
- 10 Raúl Llasag Fernández. “Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico”. *Diversidad: ¿sinónimo de discriminación?*, Serie Investigaciones 4, Quito, INREDH, 2001, p. 213.
- 11 Raúl Llasag Fernández. *Op. cit.*, p. 213.
- 12 Esther Sánchez Botero. *Peritaje antropológico. Caso de protección de los mellizos U’wa*. Bogotá, 1999.

Bibliografía

Duñas Ruiz, Oscar

1998 *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá.

Donnelly, Jack

1994 *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, traducido del inglés por Ana Isabel Stellino. México, Ediciones Gernika.

Chenaut, Victoria

1995 *Pueblos indígenas ante el derecho*. México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS.

Garrarena Morales, Angel

El Estado español como Estado social y democrático de derecho. Madrid, Tecnos.

Yrigoyen Fagardo, Raquel

1999 “El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos”. *El reto a la diversidad*. Eds. W. Assies, G. Vander Haar, A-hoe Kema. El Colegio de Michoacán.

Kimlicka, Will

1996 *Ciudadanía multicultural*. Trad. Carme Castells, Barcelona, Paidós.

Kimlicka, Will

1997 *Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*, No. 3, octubre.

Instituto Indigenista Interamericano

1990 *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México.

Instituto Indigenista Interamericano

1999 *Memoria: Seminario Internacional sobre Administración de Justicia Indígena y Pueblos Indígenas*, San José.

- Konrad-Adenauer-Stiftung
 1993 *Estado de derecho y democracia*. Ed. y comp. Josef Theing. Buenos Aires.
- Levaggil, Abelardo
 1990 *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*. Universidad del Museo Social Argentino.
- Llasag Fernandez, Raúl
 2001 “Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico”. *Diversidad: ¿sinónimo de discriminación?* Serie Investigaciones 4. Quito, IN-REDH.
- Llasag Fernandez, Raúl
 2000 *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*. Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Generalitat Valenciana y CONAIE.
- Palacio, Germán
 1993 *Pluralismo jurídico, el desafío al derecho oficial*. Bogotá.
- PNUD
 1998 *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l.
- Sanchez Botero, Esther
 1998 *Justicia indígena y pueblos indígenas de Colombia*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - UNIJUS.
 1999 *Peritaje antropológico. Caso de protección de los mellizos U'wa*. Bogotá.
 1999 *Protección a niñas y niños indígenas de Colombia*. Santa Fe de Bogotá, Bienestar Familiar.
 2000 *Jurisdicción especial indígena*. Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación.
La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia.
- De Souza Santos, Boaventura
 1991 *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, Ilsa.
- Taylor, Charles
 1993 *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica.

APORTES AL DEBATE SOBRE JUSTICIA INDÍGENA

observaciones y sugerencias al anteproyecto de “Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”

*Santiago Andrade Ubidia**

INTRODUCCIÓN

Se ha iniciado en el país una discusión trascendental en torno a la disposición contenida en el artículo 191, párrafo 4° de la Constitución Política de la república, relativo al ejercicio de las funciones de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas.

Desde el planteamiento del tema, se advierte una confrontación entre dos posiciones contrapuestas; la una, eminentemente etnocentrista y que, inclusive, presenta matices milenaristas, que propugna la existencia de varios sistemas jurídicos indígenas, uno por cada una de las “nacionalidades indígenas”, con caracteres y rasgos propios diferenciales, que cada uno de ellos es universal, porque abarca tanto lo sustantivo como lo procesal, alcanzando en consecuencia a todas las materias y para ser ejercida exclusivamente por las autoridades de los pueblos indios con los procedimientos creados por las comunidades para la resolución de toda clase de conflictos que afecten, no solo a las comunidades y sus miembros, y dentro de la circunscripción territorial de las primeras, sino también de todos aquellos problemas que enfrenten a las comunidades o a sus integrantes con no comuneros, tanto dentro del territorio comunal como fuera del mismo. Según esta concepción, se estaría ante un fuero real y personal, exclusivo y excluyente, aplicable a comuneros y no comuneros.

Esta concepción, en cuanto implica pretender la existencia de soberanías territoriales y jurisdicciones étnicas escindidas de la comunidad nacional,

* Doctor en Jurisprudencia. Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

indudablemente presenta un alto riesgo para la unidad del Ecuador y atenta directamente contra la propia definición de nuestra república, que aparece en el artículo 1 de la Constitución Política, esto es, ser un “Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”.

La otra concepción, intercultural, sostiene que las autoridades de los pueblos indígenas están en capacidad de resolver los problemas intracomunitarios, es decir, que afecten a la vida de la comunidad y a la pacífica convivencia dentro de ella, comprendidos ciertos conflictos entre los miembros de la comunidad en cuanto se producen y tienen consecuencias dentro del ámbito de la comunidad, afectando directamente al armónico desarrollo de ésta, y que para la resolución de los restantes problemas en que se vean involucrados comuneros, sea por conflictos entre ellos o con personas que no pertenezcan a la comunidad (indígenas, afro-ecuatorianos o blanco-mestizos), se aplicará el derecho estatal por las autoridades judiciales estatales, las que deberán respetar las costumbres y usos de los pueblos indígenas, y deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, debiéndose garantizar la plena vigencia de los derechos de los indígenas, por lo que se posibilitará que los afectados personalmente o por conducto de sus organismos representativos puedan iniciar procedimientos legales para la protección de las violaciones que pudieran cometerse en su perjuicio, debiéndose además asegurar, en la práctica, los medios para que hagan efectiva la vigencia de tales derechos, en aplicación de lo que al respecto dispone el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Hay que reconocer que en la sociedad blanco-mestiza también existe una posición negativa a la aceptación del derecho que tienen los indígenas, al igual que los afro-ecuatorianos, a que se reconozca su diversidad cultural y su propia escala de valores, y bajo una óptica prejuiciada y racista, pretende obligar a las minorías étnicas y culturales a que se homologuen a la sociedad blanco-mestiza mayoritaria, o aislarles en “reservaciones”, lo que a todas luces es inaceptable por violentar fundamentales derechos individuales y colectivos, mantener y agudizar una situación de explotación y marginalidad, así como destruir las bases de solidaridad, respeto mutuo y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que constituyen la esencia de la construcción del Estado democrático y social de derecho.

En consecuencia, en la discusión sobre el tema de la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas debe tenerse muy en

cuenta no atentar contra la unidad del Estado y hacer un modo positivo de vida el respeto a la pluriculturalidad y la multiétnicidad, tornando realidad el pensamiento del Libertador de construir la unidad en la diversidad.

EL PROCESO DE “DESPROFESIONALIZACIÓN” Y “DESJUDICIALIZACIÓN” DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El desconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a que se tenga en cuenta sus costumbres y sus propias formas de solución de los conflictos que les afecta directamente, se inicia con la reforma borbónica y alcanza su clímax con el triunfo de la concepción liberal del Estado.

En efecto, durante el período colonial, se dio la Legislación de Toledo, que dispuso la creación de los “alcaldes ordinarios”, a los que se denominó los alcaldes de hermandad en zonas urbanas. Estos podrían ser considerados como los antecesores coloniales de los jueces de paz no letrados. Para la población indígena se estableció un sistema de justicia similar que estuvo compuesta por los “jueces pedáneos”. Los alcaldes de hermandad tenía como misión juzgar a los naturales o indígenas en sus relaciones jurídicas con los españoles o a las que se daban solo entre estos, mientras que los pedáneos debían solucionar únicamente los asuntos judiciales entre naturales. Los alcaldes de cada pueblo eran los encargados de administrar justicia y ante quienes los vecinos de la comunidad recurrían para la solución de sus problemas. El alcalde no necesariamente debía ser licenciado o abogado, porque sus fallos tenían como fundamento la lógica del hombre, que sólo aspiraba al bienestar de los miembros de su comunidad.”¹

Primero con la reforma borbónica, imbuida del pensamiento iluminista, y, después, en la época de la Independencia, con la adopción del concepto liberal del Estado, en el cual el monopolio de la producción legislativa correspondía al poder legislativo –el único que podía dictar, interpretar y derogar leyes– y el de la administración de justicia al poder judicial –en el cual los jueces eran meros aplicadores de la ley–, se desconoce por completo el valor de la costumbre como fuente generadora del derecho, salvo que la propia ley estatal se remita a ella, e igualmente se niega por completo la posibilidad de que existan otros niveles de resolución de los conflictos, fuera de la estructura judicial estatal.²

La realidad social desbordó esta concepción del quehacer legislativo y judicial, así es como hoy vemos que son muchos los organismos del propio Estado que tienen capacidad normativa, (Junta Bancaria, Consejo Nacional de Valores, Directorio del Banco Central del Ecuador, etc.); que la interpretación de las leyes igualmente la realizan los jueces no solamente en cada caso particular sino con carácter de general obligatoriedad, aunque provisionalmente (resoluciones generalmente obligatorias mientras el legislador no disponga lo contrario en caso de fallos contradictorios o de duda u obscuridad de la ley, fallos en casación de triple reiteración), de manera que la declaración constitucional de que se requiere de la expedición de una ley para interpretar las leyes con carácter generalmente obligatorio (Art. 141 N° 7) se halla circunscrita a la interpretación definitiva; y con el avance de la concepción neoliberal, de una parte, y de otra con la toma de conciencia de los diversos pueblos que conforman el Estado, se produce lo que los autores denominan la “desprofesionalización” y “desjudicialización” de la resolución de los conflictos entre los ciudadanos.³ Precisamente el artículo 191 de la Constitución Política de la República, en sus incisos 2, 3 y 4, recoge esta nueva realidad:

- a. La creación de jueces de paz para que resuelvan en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales (inciso 2°) responde a la urgente necesidad de que se solucione la enorme masa de “pequeñas causas” que actualmente no tienen solución, así como todos aquellos conflictos que excediendo del interés individual, alcanzan a los miembros de las comunidades rurales y vecindades urbanas, respecto de los cuales el sistema legal vigente, que se caracteriza por examinar exclusivamente los intereses de quienes son partes en el litigio, no ofrece soluciones aceptables ya que no reestablece la paz y la concordia en esos conglomerados humanos.
- b. El avance de la globalización presiona porque salga de la esfera del Estado la solución de las grandes controversias patrimoniales, en las que se hallan directamente involucradas las empresas transnacionales, de allí el reconocimiento constitucional del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de los conflictos, con sujeción a la ley, reconocidos en el inciso 3°.
- c. Finalmente, y como resultado de la paradoja de que, conforme avanza la globalización también progresa el reclamo de los diversos pueblos porque se respete su identidad, en el inciso 4° se reconoce el derecho de los pueblos indígenas para ejercer funciones de justicia, aplicando normas y pro-

cedimientos propios para la solución de los conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes, debiendo la ley hacer compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

MARCO NORMATIVO FUNDAMENTAL

El análisis del anteproyecto de ley debe realizarse teniendo en cuenta el marco normativo fundamental que rige en el Ecuador, a fin de que no lo contradiga.

Por lo tanto, no bastará considerar el inciso 4° del artículo 191 de la Constitución Política de la república, sino la integridad del mismo, siendo trascendental el inciso primero en cuanto adjudica el ejercicio de la potestad jurisdiccional de manera general a los órganos de la función judicial y establece la unidad jurisdiccional. La citada norma dice:

El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

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.

También es necesario tener presente lo que dispone el N° 7 del artículo 84 de la misma Carta Fundamental:

El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...]

Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

Igualmente, el análisis del tema de la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas no puede dejar de lado que la Constitu-

ción Política reconoce y garantiza a las personas los derechos fundamentales establecidos en ella y en los instrumentos internacionales, entre los que se encuentran señaladamente, en el artículo 23, los siguientes:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.
2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral...
3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier índole.
4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto los casos de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.
14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia...
17. La libertad de trabajo. Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzado.
23. El derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley.
26. La seguridad jurídica.
27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones.

De la misma manera, en el artículo 24 de la Carta Fundamental se señalan las garantías básicas para asegurar el debido proceso, sin menoscabo de otras que establezca la misma Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Otro texto normativo fundamental, que necesariamente debe tomarse en cuenta, es el Convenio 169 de la OIT “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989” ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, que contiene

las siguientes normas relativas a la administración de justicia a los pueblos indígenas:

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole,

remunerados o no, excepto los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

**OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS AL ANTEPROYECTO DE
“LEY DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR”**

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, encargó a un grupo de sus investigadores, compuesto por los doctores Julio César Trujillo, Ximena Endara y Agustín Grijalva, la ejecución de un proyecto sobre “Administración de Justicia y Pueblos Indígenas” con el auspicio de Projusticia y financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo; después de muchos meses de trabajo y “un amplio proceso de diálogo mantenido en múltiples talleres a lo largo de un año sobre la justicia indígena (a los que) asistieron alrededor de 250 representantes de los pueblos indígenas de todo el Ecuador”,⁴ los nombrados investigadores presentaron el correspondiente informe con una “Propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador”,⁵ la que fue sistematizada por la Comisión de Asuntos Indígenas y otras Etnias del H. Congreso Nacional y la CONAIE, y constituye el anteproyecto de “Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”, que ha sido presentado a análisis a la sociedad ecuatoriana.

Creo que todos los ecuatorianos estamos en el deber de participar en el debate y de aportar con observaciones y sugerencias a fin de que la ley que debe promulgarse sirva eficazmente para la plena vigencia del inciso 4° del artículo 191 de la Constitución Política de la república. Por ello, me permito consignar las siguientes observaciones y sugerencias:

OBSERVACIONES

1. TÍTULO DE LA LEY

Considero que la denominación debe estar de acuerdo con el mandato constitucional; el sugerido por los investigadores que formularon la propuesta (Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades de los Pueblos Indígenas) así como el nuevo título (Ley de administración de justicia indígena en el Ecuador) no se ciñen a la norma constitucional y sugieren cosa distinta de lo que debe ser su contenido.

2. SUJECIÓN DEL CONTENIDO A LA NORMA CONSTITUCIONAL

El contenido de esta ley debe tener en cuenta los límites que le señala la Constitución Política de la república, ya que no puede contener disposiciones que contradigan lo que dispone el texto constitucional y el sistema legal general.

3. IGUALDAD ANTE LA LEY

Debe respetarse irrestrictamente la garantía fundamental consagrada en el N° 3 del artículo 23 de la Constitución Política de la república; no puede, en consecuencia, consagrarse discriminaciones en razón de etnias. Deben revisarse cuidadosamente las disposiciones contenidas en el inciso 2° del artículo 3, inciso 2° del artículo 8, artículo 13, artículo 14, artículo 15 (primera propuesta) ya que, con fundamento, pueden ser objetadas por constituir trato discriminatorio en perjuicio del Estado (artículo 3 inciso 2°) o de los no indígenas. Debe tenerse en cuenta, además, que se podría objetar que se está violando la disposición del artículo 24 N°. 11 ya que se estaría distrayendo al no indígena (o al indígena que no pertenezca a la comunidad) de su juez competente.

4. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

No cabe que en esta ley se contemplen disposiciones que requieran de reforma constitucional previa, porque resultan inconstitucionales: tal el caso del artículo 19, ya que la creación de una “sala de conjueces” en el Tribunal Constitucional demandaría reformar el artículo 275 de la Constitución Política de la República. Además, debe tenerse en cuenta que podría estarse vio-

lando la garantía consagrada en el artículo 24 N° 11, ya que se podría estar juzgando por tribunales de excepción.

5. NECESIDAD DE QUE SE DETERMINE EXACTAMENTE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

Debe determinarse exactamente el ámbito de la jurisdicción y la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas, en lo territorial, personal y material. No puede extenderse su jurisdicción ni su competencia fuera de las tierras en donde tengan su asiento las comunidades, ni ha de alcanzar a quienes no sean miembros de la comunidad así como tampoco a materias que pertenecen al ámbito estatal. La regla general es que jurisdicción corresponde al sistema judicial estatal y alcanza a todo el territorio nacional, a todos sus habitantes y a todas las materias, y la competencia es ejercida por los jueces y tribunales de conformidad con la distribución que realiza el ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, al ser de excepción la jurisdicción y la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas, debe señalarse puntualmente el ámbito material, territorial y personal que se someten a ellas.

En la misma forma, debe precisarse la forma de designar las autoridades que ejercerán estas funciones de justicia. Necesariamente ha de ser la asamblea de todos los comuneros, no puede ser una persona y ni siquiera un grupo reducido de personas, ya que se corre el riesgo de que se repita el proceso histórico y el ejercicio de este poder sea captado por los sucesores de los “*curacas*”.⁶

6. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

En caso de que se reconozca a las autoridades de los pueblos indígenas la competencia para juzgar delitos, deberán tenerse muy en cuenta ciertos principios fundamentales que son grandes conquistas de la humanidad y que en nuestra patria constituyen las garantías del debido proceso. Pero no solamente en materia penal, sino en todos los casos de administración de justicia, en general deben observarse las garantías del debido proceso. En algunas normas del anteproyecto se las está violando, por ejemplo, en el artículo 9 inciso 2° ya que se privaría del derecho a la defensa consagrada en el artículo 24 N° 10 de la Constitución Política; en el artículo 14 se transgrede la garantía consagrada en el artículo 24 N° 2 de la Constitución Política.

7. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

Dentro de las garantías del debido proceso se encuentra el de legalidad en materia penal. No puede dejarse a la decisión de las autoridades de los pueblos indígenas la determinación de las infracciones penales ni de las penas. La Constitución Política es muy clara, al disponer que podrán aplicar normas (derecho sustancial) y procedimientos (derecho procesal) propios, de conformidad con su *costumbre o derecho consuetudinario*. No se trata de que se codifique el derecho indígena, pero sí es necesario establecer su secuencia histórica, su ámbito espacial y su aceptación general para determinar su carácter consuetudinario. El artículo 9 atenta directamente contra el principio de la seguridad jurídica al disponer que no será necesario ningún registro de los reglamentos internos ni de las actas escritas.

En todo caso, si no se halla establecida previamente la existencia de la infracción y de la pena, no puede juzgarse ni castigarse una conducta.

8. RESPETO AL DERECHO A LA VIDA Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

El artículo 18 del anteproyecto no llena un vacío del mismo en lo que dice relación con las penas violatorias de los derechos humanos. Es que la garantía básica contemplada en el artículo 23 N° 2 de la Constitución Política no es posible de una “interpretación intercultural” que la relativiza. Se ha llegado a afirmar públicamente que los azotes, los baños en agua helada, la exposición a la vergüenza pública, el cepo y otros castigos son preferibles a la cárcel, lo cual es una falacia; en efecto, reconociendo que actualmente en el Ecuador la administración del sistema penitenciario es perverso, ello sin embargo no se debe a la institución en cuanto tal, que persigue la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social (artículo 208 de la Constitución Política), lo que ocurre es que el gobierno nacional no ha considerado que éste sea un tema de política de Estado, no le ha dotado de los recursos materiales, financieros y humanos indispensables, no obstante que el inciso 2° de la norma antes señalada así lo dispone. Tampoco se ha reformado el Código Penal para determinar sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 24 N° 3 de la Constitución Política; pero la tortura, los procedimientos inhumanos, degradantes o que impliquen violencia física, psicológica o coacción moral son y deben ser reprobados siempre, en todo lugar y por todas las culturas. Antes de la humani-

zación del derecho penal en Occidente hasta el siglo XVIII, igualmente se aplicaban los castigos de azotes, cepos, exposiciones a la vergüenza pública y otros tratamientos inhumanos, degradantes, que implicaban violencia física, psicológica o moral, y los argumentos que se daban para justificar estas penas, con las naturales diferencias de época, tienen bastante parecido con los que actualmente se están invocando (purificación del infractor y restablecimiento de la armonía con la comunidad).

Las penas deben guardar proporcionalidad con la infracción juzgada. Igualmente perjudicial para la conciencia social resulta que se penalice con la muerte el adulterio como que se sancione con azotes, la expulsión de la comunidad y el pago de una suma de dinero (por alta que ésta sea) por un homicidio.

En situaciones como la del adulterio de la mujer, debe examinarse si es admisible siquiera que se tipifique como delito esta conducta, cuando ha desaparecido del catálogo de delitos del derecho estatal y, en el fondo, es simplemente el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el N° 25 del artículo 23 de la Constitución Política.

9. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO* Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Si una conducta está penalizada por el derecho estatal y no por el derecho indígena, se exime de responsabilidad al indígena (artículo 15 N° 3 de la propuesta alternativa), en cambio si una conducta no está prevista como infracción en el derecho estatal pero sí en el derecho indígena, se aplican las sanciones a los no indígenas (artículo 14 del anteproyecto), lo cual implica violar el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley (artículo 23 N° 3 de la Constitución Política) y violar la garantía conocida como *in dubio pro reo* (artículo 24 N° 2, *ibídem*).

10. RESPETO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y PROHIBICIÓN DE TODA CONFISCACIÓN

Debe tenerse en cuenta que entre los derechos fundamentales de la persona se halla el derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley; por lo tanto, debe analizarse si la disposición del artículo 10 del anteproyecto es o no inconstitucional por violatoria de esta garantía. En efecto, de acuerdo con

lo que dispone el artículo 84 N° 2 de la Carta Fundamental, es derecho colectivo que el Estado reconoce a los pueblos indígenas el conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública, y el N° 3, *ibidem*, les reconoce el derecho a mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforma a la ley. Pero hay que precisar exactamente el alcance de estos derechos: se contrae a las tierras comunitarias; de modo alguno se refiere a las tierras de propiedad privada que se hallen dentro del “territorio de la colectividad indígena”. En este punto, debe observarse que en ninguna disposición constitucional se habla de “territorios indígenas” como entidades geo-políticas. Por lo tanto, al pretender erigir al “territorio de la colectividad indígena” como entidad soberana, con potestad para controlar la circulación de los bienes inmuebles privados que se hallan ubicados en ese “territorio”, se está violando directamente la Constitución Política ya que se atenta contra la unidad de la república; a más de que este concepto de “territorio indígena” podría derivar en el concepto de “reducciones indígenas” con gravísimo perjuicio para los propios intereses de los indígenas y del país en general. A parte de ellos, debe recordarse que no fueron precisamente beneficiosos los efectos que produjo la amortización de la propiedad inmobiliaria rural aplicada por las Leyes de Reforma Agraria. Ha de cuidarse especialmente todas aquellas situaciones que podrían originar corrupción, y una de ellas es el régimen de autorizaciones previas para realizar negocios jurídicos legítimos.

También debe evitarse el caer en la confiscación. En efecto, la privación de las tierras a los no indígenas prevista en el inciso 2 del N° 1 del artículo 14 constituye un tratamiento discriminatorio por razones étnicas y una confiscación prohibida en el artículo 33, parte final, de la Constitución Política.

11. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA LEGALIDAD

El artículo 191 inciso 4° de la Constitución Política establece dos clases de límites a la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas: los impuestos por la propia Carta Fundamental y los existentes en el ordenamiento jurídico estatal ecuatoriano. Por lo tanto, debe existir el control directo de la constitucionalidad de las resoluciones de esas autoridades, que deberá ejercitarse por el Tribunal Constitucional, y el control de la legalidad, que debe realizarlo el órgano jurisdiccional que la ley señale. Nada de esto se prevé en el anteproyecto.

12. RESPETO AL ORDEN JERÁRQUICO DE LAS LEYES

Con relación al artículo final, debe observarse que no se le ha dado a esta ley el carácter de “orgánica”, por lo tanto, estaría violándose el ordenamiento jerárquico de las leyes dispuesto en el artículo 142 de la Constitución Política de la república, al disponer que prevalecerá sobre cualquier otra ley que se le oponga, excepto la Constitución. Además, debe tenerse en cuenta que no solamente la Constitución Política, sino también los tratados y convenios internacionales prevalecen sobre las leyes, inclusive las orgánicas.

13. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA LEY

Una observación final. La ley presenta un marcado carácter indemnizatorio; da la sensación de que éste es el fin primordial de la misma; además, si se trata de conflictos entre la comunidad y sus miembros, o, peor todavía, con terceros, ¿habría la garantía de la debida imparcialidad de parte de las autoridades de la comunidad, que tienen conflicto de intereses?

SUGERENCIAS

1. DENOMINACIÓN

El nombre de la ley, para guardar total conformidad con lo que dispone el artículo 191 inciso 4° de la Constitución Política de la república, debería ser: “*Ley Orgánica para el Ejercicio de las Funciones de Justicia por las Autoridades de los Pueblos Indígenas*”.

De esta manera, además, se superaría la observación hecha en el N° 12, aunque también deberá modificarse la redacción para que guarde relación con el orden jerárquico de las normas jurídicas, ya que sobre ella regirán la Constitución Política y los tratados y convenios legalmente celebrados. Inclusive sugeriría que se elimine esa referencia a la prevalencia de la ley, en caso de que sea aprobada como orgánica, porque resulta inoficiosa.

2. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA

Por ser una jurisdicción y una competencia de excepción, la ley debe señalar con exactitud el ámbito de una y otra. En consecuencia, respecto de la

materia, recordándose lo que dispone la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, debe precisarse si alcanza únicamente a las faltas (o contravenciones, en la terminología nacional) o si también abarca los delitos, y en este supuesto, a cuáles delitos. Si se trata de asuntos civiles o sociales, igualmente han de precisarse las materias con claridad. La tesis de que se trata de sistemas jurídicos completos y universales es inaceptable, por lo que no puede pretenderse que alcancen a todas las materias. Respecto de las personas, igualmente debe tenerse en cuenta que es un régimen de excepción aplicable a las comunidades indígenas y a sus miembros, por lo tanto, deben quedar excluidos de esta jurisdicción quienes sean ajenos a las comunidades, sean indígenas de otras comunidades o que no pertenezcan a ninguna, afro-ecuatorianos o blanco-mestizos. Esta jurisdicción en ningún caso puede extenderse fuera de las tierras donde tenga su asiento la comunidad. Debe igualmente señalarse con precisión en la ley la forma como se distribuye la jurisdicción entre las diversas autoridades de los pueblos indígenas. En caso de dudas entre la jurisdicción estatal y la indígena, debe aplicarse el principio general y decidirse a favor del Estado.

3. IGUALDAD ANTE LA LEY

Para observar este principio constitucional, deben revisarse cuidadosamente varias disposiciones:

- a. En el inciso 2° del artículo 3 debe disponerse que en caso de conflicto de competencia, si se suscita dudas deberá resolverse a favor del Estado.
- b. En el inciso 2° del artículo 8 debe aclararse ya que se ha redactado con dos negativas que no se convierten en una afirmación: “individuo que negare su condición de no indígena” ¿significa que se declara indígena? El concepto de indígena en el Ecuador no es un concepto racial, fundamentalmente es un concepto cultural, en consecuencia, cada persona al declararse indígena o no indígena está poniendo punto final a la cuestión; además, resulta inconveniente que se otorgue atribuciones jurisdiccionales al defensor del pueblo adjunto para asuntos indígenas, ya que la razón de ser de esta institución fundamentalmente es la de velar por la vigencia de los derechos fundamentales, y aunque la Constitución Política en su artículo 96 inciso primero añade que “ejercerá las demás funciones que le asigne la ley”, esta disposición hay que interpretarla en consonancia con el carácter y la misión de la defensoría del pueblo, a fin de no asignarle funciones

que las contraríen.

- c. El artículo 10 debe suprimirse ya que constituye una ingerencia injustificada en los negocios de las personas, se está creando una causa de nulidad que no tiene fundamento jurídico, a más de que no existen “territorios de las colectividades indígenas”; podría sustituirse por otro en el cual se reconozca el llamado “derecho de rescate” o sea de preferencia a la compra igualando las condiciones de la propuesta de terceros, a favor de los comuneros.
- d. El artículo 13 debe modificarse sustancialmente, ya que las autoridades de los pueblos indígenas no pueden tener competencia sobre los no indígenas. El inciso segundo debe suprimirse porque es una flagrante violación de la garantía constitucional de igualdad de las personas ante la ley. El no indígena puede que sea más pobre, menos culto, más dependiente que el indígena ¿porqué en tratándose de negocios jurídicos unilaterales (actos) o bilaterales (contratos) se va a aplicar el derecho más favorable a la parte indígena?
- e. En el caso de faltas no sancionadas por la ley estatal, debe aplicarse la garantía constitucional consagrada en el artículo 24 N° 2 de la Carta Fundamental, conocido como principio pro reo, por lo que el artículo 14 debe modificarse en este sentido. En general, los no indígenas no deben someterse a las autoridades de los pueblos indígenas, ni éstas pueden privarles de sus bienes, cometiendo confiscación.
- f. El artículo 15 (primera propuesta) es inaceptable porque viola la garantía constitucional consagrada en el artículo 24 N° 11, ya que serían tribunales de excepción y se estaría distraendo al no indígena de sus jueces naturales.

4. SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE LAS ACTAS ESCRITAS Y DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS

La ley debe establecer un sistema nacional de registro de estos instrumentos tan importantes porque son el vehículo a través del cual se establece la existencia del derecho consuetudinario, a fin de que sea posible determinar la existencia y alcance de ese derecho. La memoria oral no es suficiente para establecer la costumbre jurídica, ya que se presta a mucho subjetivismo y arbitrariedad, por ello se impone el registro en un soporte materia (papel, archi-

vos electrónicos, etc.) para darles objetividad y evitar el abuso, a más de que esta información repose en centros a donde se tenga libre acceso, a fin de garantizar la transparencia y la seguridad jurídica. Parece claro que estos centros deberían ser estatales a fin de que unifiquen y sistematicen la información a nivel nacional. Éste sería el mecanismo idóneo para establecer el contenido del derecho consuetudinario y, de esta manera, garantizar la seguridad jurídica.

5. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

En la ley debe hacerse constar expresamente que las autoridades de los pueblos indígenas, cuando administran justicia en los casos que la ley les autorice, deban asegurar el debido proceso. Es digna de considerar la sugerencia del Dr. Rodrigo Bucheli⁷ de que se recoja del proyecto de Código de Procedimiento Penal que elaboró la Corte Suprema de Justicia en 1992, realizado por un conjunto de destacados penalistas ecuatorianos y con el concurso de ILA-NUD, en el cual ya se previó lo relativo a la administración de justicia por las autoridades indígenas (se tenía a la vista el Convenio 169-89, que a la época aún no había sido ratificado por el Ecuador), y modificándolo en atención al nuevo panorama normativo, se lo incorpore a esta ley.

6. TIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES PENALES Y DE LAS PENAS APLICABLES

En aplicación del principio de legalidad vigente en materia penal, si es que en esta ley se reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas la competencia para juzgar las infracciones penales (sea únicamente las faltas o contravenciones, sea también los delitos), debe disponerse que en un lapso de tiempo razonable se proceda a recopilar la tipificación y penalización de las mismas que exista en el derecho consuetudinario, y que posteriormente en forma permanente se continúe este trabajo de recopilación conforme él mismo vaya evolucionando.

7. PROHIBICIÓN EXPRESA DE CIERTAS PENAS

En la ley debe prohibirse expresamente la aplicación de la pena de muerte, de mutilaciones y de otras penas que consistan en torturas, procedimientos inhumanos, degradantes o que impliquen violencia física, psicológica o coacción moral, tales como cepos, azotes, exposiciones a la vergüenza pública, etc. por violatorios de la Constitución Política. La expulsión de la comu-

nidad igualmente debe prohibirse porque implica un grado de violencia psicológica tal sobre el infractor que, en la práctica, al desarraigarle le lanza al submundo del delito.

8. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA LEGALIDAD

Deben reformarse los artículos 18 y 19. En el primero, debe aclararse exactamente lo que se pretende con la “interpretación intercultural de los hechos y del derecho”, ya que puede caerse en un plano de subjetivismo que degene en arbitrariedad. En el segundo, debe eliminarse la llamada “sala de conjuces” por inconstitucional y por inconveniente, ya que atenta contra la meta que debe ser la profesionalización del Tribunal Constitucional, al incorporar vocales designados en representación de estamentos, los cuales carecen de imparcialidad porque naturalmente están condicionados por el origen de sus nombramientos, con mayor razón todavía si únicamente van a durar dos años en sus cargos. Que se cuente con la asistencia de especialistas está bien, quienes serán colaboradores de los vocales del tribunal, los que fallarán según su conciencia. En este artículo se debe incorporar lo relativo al control de la constitucionalidad de las resoluciones de las autoridades de los pueblos indígenas, que ha de realizarlo el Tribunal Constitucional, y lo atinente al control de la legalidad, que podría estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose los recursos extraordinarios de casación y de revisión, para que conozcan las respectivas Salas, de acuerdo a la materia, y por sorteo entre las de la misma materia.

9. DETERMINACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES

Debe asegurarse la imparcialidad y el conocimiento adecuado para la determinación de las indemnizaciones, en caso de que ellas procedan. No pueden ser las mismas autoridades de los pueblos indígenas las que decidan sobre esta materia, por tener conflictos de intereses. Lo lógico sería que su determinación esté a cargo de la justicia estatal.

10. JUSTICIA DE PAZ Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR LAS AUTORIDADES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Debería disponerse, además, que en las comunidades indígenas, la justicia de paz se administre por las autoridades de las mismas, debiendo en su actuación someterse a lo que dispone la ley de la materia, ya que la justicia de

paz prevista en el inciso 3º del artículo 191 de la Constitución Política y la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas reconocida en el inciso 4º del mismo artículo no son contrapuestas sino más bien son instituciones que se complementan y deben desarrollarse juntas.

El eje del debate respecto de la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas se centra en la interpretación del texto constitucional, ya que del tenor literal aparece que se limitan sus funciones únicamente a la solución de conflictos internos de las comunidades en las que ejercen su autoridad. Estimo que si se valoriza debidamente a la justicia de paz y se encarga a las autoridades de los pueblos indígenas que la ejerzan en aquellas zonas de mayor población indígena, el problema interpretativo antes señalado desaparecería.

Notas

- 1 *Gente que hace justicia, la justicia de paz*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1999, p. 38.
- 2 En Ecuador muy poco se ha estudiado la historia colonial, en gran parte por un prejuicio contra todo lo que fue español. En el Perú, en cambio, se ha examinado con gran detenimiento y los historiadores del derecho de ese país señalan la permanencia del derecho indígena a lo largo de la Colonia y la reacción adversa en el período republicano. Jorge Basadre, en su *Historia del Derecho Peruano*, Lima, 2ª edición, 1984, p. 281, señala: “Interesante es constatar que esta simpatía del legislador español hacia la costumbre resulta contradicha por el Derecho republicano... Otro aspecto interesante tiene este cambio de actitud. La figura del indio no aparece en ninguna de las páginas del C.C. de 1852. En este sentido, la influencia del Derecho colonial no fue visible porque, de acuerdo con los antecedentes históricos de la península ibérica, donde habían convivido romanos con celtíberos, hispano-romanos con godos, árabes con cristianos, ese Derecho creó teóricamente para los indios un estatuto especial que abarcaba sus deberes y derechos e inclusive establecía una legislación tutelar con cierta forma de autogobierno en los cacicazgos y reducciones”.
- 3 Porque la justicia se imparte por jueces legos y por órganos para estatales: Rodrigo Uprimm. “Justicia y conflicto en Colombia: alcances y límites de la informalización de la justicia”. *Justicia y Desarrollo, Debates*, año II, N° 3. Sta. Fe de Bogotá, marzo 1998, p. 8.
- 4 Julio César Trujillo, Agustín Grijalva, Ximena Endara, *Justicia indígena en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2001, p. 7.
- 5 *Ibíd.*, pp. 83-92.
- 6 Se señala que “En épocas más antiguas, las comunidades se habían regido pro sus consejos de ancianos. Esta organización democrática había ido cediendo atribuciones o siendo reemplazada del todo, por la autoridad despótica de los *curacas*.” (Jorge Basadre, op. cit., p. 219). En igual sentido se pronuncia Fermín G. Chunga Lamonja (*La justicia de paz en el Perú*. Lima, 1979, p. 13). Hay que tener mucho cuidado a fin de evitar que se repita este

proceso que ya se produjo en el pasado, y terminen ciertos dirigentes indígenas abusivos y ambiciosos siendo los que ejerzan las funciones de justicia de los pueblos indígenas en su calidad de autoridad de las mismas y en su propio beneficio.

- 7 Realizada el 5 de junio del 2002 durante el panel “Derecho Constitucional, Sistema Penal y Administración de Justicia Indígena” realizado en el Auditorio “Honorato Vásquez” del Instituto Superior de Post Grado en Ciencias Internacionales de la Universidad Central del Ecuador, Quito, evento organizado por la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias del H. Congreso Nacional, la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas y el Instituto de Criminología de la Universidad Central del Ecuador, y el Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI).

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador*

PROPUESTA DE LEY LIGADA AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR Y SU APLICACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO. PROPUESTA REALIZADA POR UN EQUIPO DE JURISTAS Y PRESENTADA A DISCUSIÓN EN ENERO DE 2001

CONSIDERANDO

Que el Art. 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce a las autoridades de los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas la facultad de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario;

Que el Estado ecuatoriano contrajo, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el compromiso de asegurar a los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas el derecho de resolver los litigios que se suscitaren al interior de ellos, de acuerdo con su derecho propio y por sus autoridades tradicionales;

Que de acuerdo con el precepto constitucional es necesario una ley que haga “compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”;

* Esta propuesta de proyecto de ley, cuyos autores son Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara, fue publicada bajo el título *Justicia indígena en el Ecuador* por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, 2001).

EXPIDE

La siguiente ley:

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1 OBJETIVOS DE LA LEY. La presente ley tiene por objetivos hacer compatibles la administración de justicia a cargo de los órganos de la Función Judicial con las funciones de justicia de las autoridades de los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas.

Los términos colectivo o colectividad indígena sirven, en esta ley, para denominar de manera genérica al grupo indígena sobre el cual la autoridad reconocida por éste ejerce funciones de justicia llámese: centro, comunidad, pueblo, nacionalidad o cualquiera otra denominación con la que los indígenas identifiquen al grupo.

Art. 2. DE LA AUTORIDAD INDÍGENA. La autoridad indígena competente será la persona, grupo o asamblea que disponga para el caso el derecho indígena y a la que así le reconozca la colectividad; pero el representante de la comunidad pondrá en conocimiento de la sociedad el nombre de la comunidad, la circunscripción territorial en donde se encuentra localizada, con determinación de la provincia, cantón y parroquia o parroquias y el nombre de la autoridad competente para comunicar las resoluciones a las autoridades estatales, cuando sea menester.

Art. 3. DE AL OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DE LA AUTORIDAD INDÍGENA. Las resoluciones de las autoridades indígenas en los conflictos que sean de su competencia tienen la misma fuerza obligatoria que las adoptadas por los órganos de la Función Judicial tanto para los litigantes, para la colectividad indígena, como para las personas, naturales o jurídicas, no indígenas, por consiguiente no podrán volver a ser juzgados por ningún órgano o institución del Estado, salvo los casos de violación de los derechos fundamentales que serán conocidos por el Tribunal Constitucional.

Los conflictos de competencia entre la autoridades indígenas y la estatal serán resueltos por el Tribunal Constitucional; en caso de duda el conflicto se resolverá a favor de la indígena teniendo en cuenta las particularidades culturales de la respectiva colectividad.

Así mismo, el Tribunal Constitucional resolverá las demandas de los indígenas por violación de los derechos fundamentales o por abuso del poder de parte de la autoridad indígena.

Art. 4. DE LA LEGITIMIDAD DE LAS AUTORIDADES. La legitimidad de la administración de justicia y de las diligencias de carácter investigativo o indagatorio por las autoridades indígenas no podrá ser desconocida por ninguna autoridad estatal, por lo tanto nadie tiene facultad para aplicar sanciones de ningún género por este motivo.

La violación de este precepto dará derecho a la autoridad indígena para reclamar indemnización de los daños y perjuicios, independientemente de la acción penal para los actos atentatorios contra las libertades y derechos constitucionalmente garantizados según el Art. 213 del Código Penal.

Art. 5. USURPACIÓN DE FUNCIONES. Si alguna persona asumiera las funciones de autoridad indígena, con competencia para resolver los conflictos de que trata esta ley será sancionado o sancionada por la autoridad legítima, de conformidad con la costumbre o derecho consuetudinario, sin perjuicio de que la colectividad si es que así lo decide, por medio de su representante, le pueda acusar del delito previsto en el Art. 281 del Código Penal para el ejercicio de las funciones de juez por quien no es tal.

Art. 6. DE LA CAPACITACIÓN EN DERECHOS HUMANOS. Las facultades de derecho o jurisprudencia de las universidades deberán adoptar programas de derechos humanos y de interpretación interculturales de los hechos y del derecho para la capacitación de las autoridades indígenas, de los jueces y estudiantes de derecho. En todos los programas de derechos humanos, para indígenas y no indígenas, se estudiará antropología jurídica, pluralismo jurídico y cultural y se fomentará la comunicación intercultural.

CAPÍTULO II. DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD INDÍGENA

Art. 7. DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. La potestad pública de las autoridades indígenas para ejercer funciones de justicia reconoce la Constitución Política y la ejercerá de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, que no dejará de ser tal por las innovaciones que la

colectividad incorpore constantemente de acuerdo con las nuevas necesidades y los cambios de los tiempos.

Estarán sujetos a las autoridades indígenas los litigios que, en cualquier materia, se suscitaren entre indígenas. Los litigios en los que sean parte indígenas y no indígenas estarán sujetos a los órganos de la Función Judicial o a la autoridad indígena, de acuerdo con las prescripciones de esta ley.

Los campesinos no indígenas podrán, de mutuo acuerdo, someter sus litigios a las autoridades indígenas.

Art. 8. DE LOS INDÍGENAS. La condición de indígena se establecerá por el hecho de haber participado en la vida y actividades de la colectividad indígena, en calidad de miembro de ella, siempre que no hubiere sido expulsado de su seno. Los conflictos entre una colectividad indígena y un individuo que negare su condición de no indígena para sustraerse de la potestad de la autoridad indígena y del derecho consuetudinario, serán resueltos sumariamente por el defensor del Pueblo adjunto para asuntos indígenas, para el efecto la información de la autoridad indígena gozará del beneficio de la presunción de veracidad.

Art. 9. DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS Y ACTAS ESCRITAS. Los reglamentos que las colectividades indígenas hayan adoptado para recoger su derecho no necesitan ser aprobadas ni registradas por ninguna autoridad ni archivo estatales para su validez.

La autoridad indígena, con o sin intervención de los interesados, podrá dejar constancia de sus resoluciones en actas escritas, para que sirvan de precedente con el valor que éste tenga en su derecho consuetudinario.

Art. 10. DE LA NULIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS. Serán nulos los actos y contratos que versen acerca de la propiedad, posesión, usufructo o cualquier otro derecho, gravamen o limitación sobre bienes inmuebles que se encuentren localizados en el territorio de la colectividad indígena en los que no conste que ha intervenido la autoridad indígena de la respectiva colectividad.

Art. 11. DE LOS CONFLICTOS ENTRE COLECTIVIDADES INDÍGENAS. Los conflictos entre colectividades indígenas serán resueltos por la suprema autoridad de la organización de grado inmediatamente superior a la

que pertenezcan las colectividades partes del conflictos. De las resoluciones que dicte esta autoridad habrá los recursos que prevean sus propias normas.

Solo por petición de la autoridad competente en primera instancia y el visto bueno de las autoridades llamadas a conocer de los recursos para ante la autoridad superior, podrán ser conocidos estos conflictos por la autoridad estatal a la que se le solicite intervenir, de acuerdo con el Derecho estatal en la materia sobre la que verse el litigio.

Lo dispuesto en el inciso anterior es aplicable a los conflictos entre facciones o familias de una misma colectividad.

Los conflictos entre colectividades indígenas que no pertenezcan a ninguna organización de grado superior serán sometidos al amigable componedor que designen de mutuo acuerdo, caso contrario cualquiera de ellas puede recurrir a la autoridad estatal que sea competente en razón de la materia del conflicto.

Art. 12. DE LOS CONFLICTOS ENTRE INDÍGENAS DE DIFERENTES COLECTIVIDADES. Los conflictos entre indígenas de diferentes colectividades indígenas serán conocidos por lo que al respecto convengan las autoridades de las colectividades a las que pertenezcan los litigantes, quienes pueden remitir el caso a la autoridad indígena de la organización de grado superior a la que pertenezcan las colectividades involucradas o, con el visto bueno de ésta, a la estatal que sea competente por razón de la materia cuando el conflicto amenace alterar la paz entre sus colectividades.

Art. 13. DE LOS CONFLICTOS ENTRE INDÍGENAS Y NO INDÍGENAS. Cuando en el conflicto una de las partes sea uno o más indígenas o una o más colectividades de indígenas y de la otra sea uno o más no indígenas y una o más colectividades no indígenas se estará a lo siguiente:

1. Las infracciones cometidas por un no indígena en el territorio de una colectividad, pueblo o nacionalidad indígenas serán juzgadas por la autoridad indígena y el responsable será remitido por el representante de la respectiva colectividad al juez de la Función Judicial del Estado para que le imponga la sanción que corresponda según la ley a la infracción de que se le haya declarado culpable, excepto las indemnizaciones patrimoniales que serán las fijadas por la autoridad indígena, para cuyo cobro los interesados podrán hacer uso de las medidas de apremio previstas en el dere-

cho estatal y al efecto los alguaciles y depositarios cumplirán las órdenes de la autoridad indígena.

El enjuiciado, sin embargo, podrá acogerse en todo al derecho consuetudinario y a la autoridad indígena, si así lo desea y deja constancia escrita, grabación magnetofónica o electrónica.

2. En los litigios que versen sobre actos o contratos en los que una de las partes sea uno o más indígenas será competente la autoridad indígena y aplicará el derecho más favorable a la parte indígena, sea la ley estatal o el derecho consuetudinario. La forma de los actos contrato será la requerida por el derecho indígena.

Art. 14. DE LAS FALTAS NO SANCIONADAS EN LA LEY ESTATAL. Las faltas que no estuvieran contempladas en las leyes del Estado, que fueren cometidas por los no indígenas en perjuicio de indígenas, en el territorio de estos, se resolverá de conformidad con las siguientes reglas.

1. El no indígena que tuviera su domicilio, residencia, negocio, industria en el territorio de la comunidad indígena será juzgado por la autoridad indígena de acuerdo, en todo, con el derecho indígena. El accionado podrá usar su idioma materno en su defensa.

Si el no indígena no acatara o no cumpliera la resolución de la autoridad indígena será expulsado de ella y sus tierras pasarán al dominio de la respectiva colectividad, salvo los muebles, semovientes y más bienes que puedan ser separados de la tierra. El valor de la tierra, edificaciones y los cultivos permanentes o semipermanentes, una vez fijado el precio por un perito, será pagado por la colectividad para entrar a ocupar las tierras.

2. Si el no indígena estuviere ocasional o temporalmente en la comunidad indígena deberá la indemnización patrimonial que acuerde con el o los perjudicados, con la intervención de la autoridad indígena, quien designará un perito para que fije el monto de la indemnización de no haber acuerdo. En este caso, no estará sujeto a las sanciones con las que se castiga la falta en el Derecho Indígena.

CAPÍTULO III. DE LOS CONFLICTOS FUERA DE LA COLECTIVIDAD

Art. 15. DE LOS CONFLICTOS CON NO INDÍGENAS. Los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera de la colectividad de

aquellos, serán conocidos por tribunales mixtos de equidad integrados por dos miembros designados por la autoridad indígena y uno designado por la autoridad estatal competente. Este tribunal se guiará por la interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

Art. 15 (alternativo del anterior). Los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera de la colectividad de aquellos, serán conocidos por la autoridad estatal competente, de conformidad con el derecho del Estado, con las siguientes modificaciones:

1. El indígena podrá defenderse en su idioma materno, si así lo prefiere; en todo caso, el juez o tribunal nombrará un traductor o intérprete, a satisfacción del indígena, quien podrá pedir que intervenga la autoridad indígena de la colectividad a la que pertenezca, con el fin de que vigile el respeto al debido proceso.

La autoridad indígena, encargada de vigilar el respeto de la garantía del debido proceso, podrá deducir la acción de amparo con objeto de que se enmiende el proceso. Establecida la violación del debido proceso, el juez o tribunal responsable perderá la competencia sobre la causa y será condenado al pago de los perjuicios que hubiera causado al indígena. La causa pasará a conocimiento del juez o tribunal que deba sustituirlo en conformidad con el derecho estatal.

2. En la sentencia, el juez o tribunal tendrá en cuenta las diferencias culturales y buscará conciliar estas diferencias con la cultura a la que responde el derecho estatal con la ayuda de juristas, antropólogos o sociólogos, cuyos honorarios serán de la parte a la que la sentencia sea desfavorable.

El órgano de la Función Judicial fijará la indemnización pecuniaria que proceda, para lo cual nombrará perito de reconocida competencia y probidad y remitirá al indígena a la autoridad de su colectividad, si ésta así solicita, para que le imponga la sanción que se acostumbre para la clase de falta de que se le hubiere condenado.

3. El indígena que por su cultura o costumbres cometa una falta que no sea tenida por tal en su derecho consuetudinario, será eximido de responsabilidad, excepto de las indemnizaciones patrimoniales que serán fijadas e la forma prevista en el numeral anterior.

4. El indígena puede someterse en todo al Derecho estatal, siempre que deje constancia de su decisión por escrito y, en este caso, el juez o tribunal puede aplicar penas alternativas a la de privación de la libertad.

En los centros de rehabilitación social del Estado, los indígenas tendrán derecho a los servicios religiosos y de salud tradicionales si así solicitaren.

CAPÍTULO IV. DE LA AUTORIDAD INDÍGENA Y DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO

Art. 16. DEL REGISTRO DE LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS. Cuando la ley exija inscripción o registro de los actos o hechos sobre los cuales recaiga la resolución de la autoridad indígena, ésta por medio de quien sea competente para ello, comunicará su resolución al funcionario responsable del registro para que haga el registro e informe del hecho con especificación de la fecha, libro, número del folio y más datos necesarios para constatar el hecho del registro. Así se procederá, por ejemplo, en caso del reconocimiento del hijo habido fuera de matrimonio, de la fijación de linderos de dos predios colindantes resuelta en litigio, etc.

Art. 17. DE LA COLABORACIÓN DEL ESTADO A LA AUTORIDAD INDÍGENA. La autoridad indígena podrá solicitar la colaboración o auxilio de las autoridades judiciales, policiales y administrativas del Estado que sean competentes y estime necesarias para obtener el cumplimiento y la ejecución de sus decisiones. Estas autoridades deberán prestarle la colaboración o auxilio solicitados, bajo pena de asumir la responsabilidad de los perjuicios ocasionados por la omisión.

El incumplimiento de este precepto y, en general, de las obligaciones que en esta ley se prescriben para las autoridades estatales respecto de las decisiones y/o resoluciones de las autoridades indígenas constituye el delito tipificado en el Art. 277 del Código Penal, sin menoscabo de reparar los daños que el incumplimiento ocasionare a los perjudicados según el inciso anterior.

CAPÍTULO V. DERECHO INDÍGENA Y DERECHOS HUMANOS

Art. 18. COMPATIBILIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CON EL DERECHO INDÍGENA. Siempre que se trate de establecer la compatibilidad

o la incompatibilidad del derecho indígena con los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador se buscará dejar a salvo la dignidad de la persona y se procederá según la interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

Art. 19. DE LA ASISTENCIA DE ESPECIALISTAS. El Tribunal Constitucional designará una Sala de Conjueces con especialistas en Derecho Indígena designados por un colegio electoral integrado con un representante de cada una de las organizaciones indígenas de carácter nacional, de acuerdo con el Reglamento expedido por el Tribunal Supremo Electoral.

En todos los casos en que el Tribunal Constitucional deba resolver un conflicto en que sean parte los indígenas o sus colectividades, de cualquier grado, deberá incorporar uno de los conjueces de que trata el inciso anterior a la Comisión o dos al Pleno que vaya a resolverlo, previa excusa del o de los magistrados principales, designados por sorteo. En todo caso contará con la asistencia de un jurista, antropólogo y un sociólogo aceptados por su competencia y honestidad por la Sala de Conjueces.

La elección de conjueces se llevará a cabo cada dos años, en el mes de enero.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Las disposiciones transitorias deberán ser redactadas una vez que se conozca el texto definitivo.

ARTÍCULO FINAL. La presente ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial y prevalecerá sobre cualquiera otra ley que se le oponga, con excepción de la Constitución y de las reformas que expresamente se hagan a esta ley.

PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS

El Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, nace para contribuir al desarrollo y consolidación de la democracia y el estado de derecho, así como a la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los distintos países de la región andina.

A través de este programa, la Universidad Andina Simón Bolívar ofrece un espacio abierto al debate y al intercambio de opiniones y experiencias, en donde el ejercicio del análisis, la crítica y la autocrítica estimule procesos creativos e innovativos en relación con los derechos humanos. Se trata de un espacio en el cual los contextos políticos, sociales, económicos y culturales que viven los países de la región servirán de base a la investigación y la reflexión. Es un espacio académico que apunta a la visibilización, promoción y aplicación de los derechos humanos en la región.

El PADH busca contribuir a la formación de profesionales en el campo de los derechos humanos con una perspectiva interdisciplinaria, capaz de incorporar diferentes miradas y enfoques en esa problemática. Se propone formar profesionales que asuman su compromiso social e individual desde una ética en pro de los derechos humanos, revalorizando la participación, solidaridad y equidad social.

El PADH apunta a desarrollar una Red Andina de Derechos Humanos, integrada por universidades y organizaciones de la sociedad civil, cuyas sinergias enriquezcan los procesos de formación e información en la región.

A ello contribuye también el sitio web del Programa Andino Derechos Humanos, espacio de encuentro y comunicación entre las instituciones andinas, de visibilización de sus experiencias y socialización de la información sobre derechos humanos que se genera en la región: www.uasb.edu.ec/padh.