

EL PLURALISMO JURIDICO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR

Por Edwar Vargas - CDES

Pese a que la Constitución actual del Ecuador, así como los instrumentos internacionales de derechos humanos¹ han reconocido que los pueblos indígenas tienen derecho a administrar su justicia, el ejercicio efectivo de ésta, es en la actualidad objeto de deslegitimación por parte de los órganos del Estado. Lo anterior incentiva un imaginario social en el que las prácticas de justicia indígena son vistas como bárbaras, primitivas y que rayan en lo delincencial. Este análisis busca abordar desde una perspectiva de los derechos humanos, el alcance del derecho colectivo a la administración de justicia.

1. CONTEXTUALIZACION HISTORICA

Antes de la conquista española, los pueblos indígenas que eran muy diversos, se encontraban en un proceso de construcción de una gran nación, piénsese en las alianzas entre comunidades, señoríos étnicos y el propio incario, los cuales tenían como ejes “la religión solar, el sistema decimal, el quichua, los sistemas de irrigación y terraplenes, los cultivos de maíz y las grandes obras de infraestructura”²; contaban con un acervo diverso de conocimientos en astronomía, técnicas agrícolas, medicina (en especial lo relacionado a las cualidades curativas de plantas y animales) y un sistemas de solución de conflictos. Todo lo anterior fue truncado con la conquista y colonización europea del Abya- Yala.

Efectivamente, este proceso al que no se ha dudado en calificar como genocidio, significó para los pueblos indígenas el sometimiento histórico a la violencia, el saqueo, la explotación y la exclusión. Puesto que implicó entre otras cosas, el despojo de sus tierras, bajo el argumento de la existencia de derechos de conquista.

Como manifiesta Bartolomé Clavero la empresa de conquista y colonización se revistió de una aparente legalidad pues partió de una serie de principios y reglas surgidas del derecho a la conquista. Estas reglas y principios se materializaron en un documento expedido por la Corona, el cual históricamente ha sido conocido como el Requerimiento. Escrito por Palacio Rubios en 1512, autoridad en temas de la “guerra justa”, se basó en la doctrina de Petrine sobre el papado y el derecho del Papa para entregar territorios del Nuevo Mundo a los monarcas españoles. El incumplimiento de lo establecido en este documento, autorizaba a los conquistadores a esclavizar a hombres, mujeres y niños; apoderarse de sus bienes mundanos, y causar todo el daño y perjuicio que se necesite bajo esas circunstancias³ exhortando el reconocimiento de la autoridad de la siguiente forma:

¹ El Convenio 169 de la Organización de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

² MOREANO, Alejandro, Movimiento Indígena y Estado Multinacional en la Obra Los Indios y el Estado- País, Ediciones Abya- Yala, Quito 1993, p. 217.

³ Harrison, Regina. Signos y memoria de los Andes. Traduciendo la lengua y la cultura quechua. “Colección Biblioteca Abya-Yala” No.14. Ediciones Abya Yala, Quito, 1994, p. 45 y 46.

Por lo cual, de la mejor manera que podemos, les pedimos y les requerimos que consideren lo que les hemos dado, y tomen el tiempo necesario para comprender y reflexionar sobre ello, y así reconozcan a la Iglesia por Señora Superiora del universo mundo, y el máximo sacerdote, llamado Papa, y en su nombre el Rey y la Reina Doña Juana nuestros señores⁴

Más allá de la aceptación o no de los contenidos de este documento y de su aparente legalidad, los pueblos originarios del Abya- Yala, fueron sometidos a procesos de esclavización y despojo.

Para lo cual los conquistadores tuvieron que retomar la forma tradicional de organización social de los pueblos indígenas, -La Comunidad- para reorganizar las estructuras sociales y económicas, puesto que las expectativas de explotación de riquezas y trabajo indígena, requerían el trabajo colectivo, ya sea el trabajo forzado, la encomienda, la mita o el pago de tributos. Puesto que resultaba necesario para la realización de este tipo de trabajo, la utilización de formas de producción colectiva desde una visión comunitaria⁵.

Lo anterior implicó que de alguna manera se conservaran las formas de organización política de los pueblos con cierta autonomía social, económica, política e incluso territorial.

La formación de los Estados nacionales en el siglo XIX no modificó la visión colonial de los siglos que le precedieron, puesto que los nacientes Estados se basaron en los ideales liberales del Estado-Nación, concepto que se sustentan en la idea de que entre el Estado y la nación hay una coincidencia; es decir, se entiende a la “nación como el conjunto de individuos que pertenecen a un espacio geopolítico delimitado del Estado y bajo este argumento que los Estados modernos se llaman Estados-nación: una nación, un Estado”⁶.

En este sentido los Estados que emergieron en el siglo XIX se erigieron sobre la existencia de diversos grupos étnicos y culturales, a los que se impuso la ideología de los blancos y los criollos quienes a pesar de ser minoría, dadas las estructuras del poder, se constituyeron en grupos hegemónicos. La consecuencia lógica de este proceso es que la construcción de los Estados modernos no se corresponde con las identidades de la mayoría de la población indios colonizados, negros y mestizos, todos ellos clasificados como racialmente inferiores, pero enmarcados dentro de las fronteras de los Estados⁷.

Dicho proceso de construcción nacional históricamente excluyente no fue reconocido en la formulación de las constituciones, por tanto no fue posible la materialización de derechos indígenas, ni políticos ni personales, ni territoriales, lo cual se tradujo en la expropiación masiva de sus tierras y recursos. En palabras de Bartolomé Clavero, las constituciones son estructuralmente excluyentes:

⁴ Ídem.

⁵ “La preservación de las comunidades y de su propiedad y posesión sobre sus tierras, iba ligada a la articulación de ellas a un doble sistema: producción minera-textil-agraria; mita- tributo; doble articulación necesaria para funcionalizar las estructuras existentes a los objetivos de apropiación de un excedente monetario.”, *Ibíd*em, pág. 219.

⁶ De Sousa Santos, Boaventura, “La reinención del Estado y el Estado Plurinacional, Conferencia dictada en Santa Cruz de la Sierra- Bolivia, abril del 2007, pág.8.

⁷ Ver en este sentido, lo dicho por Quijano, Aníbal, “El Movimiento Indígena y las Cuestiones Pendientes en América Latina en Estado Plurinacional y Estado Social de Derecho: los límites del debate”, *Revista Yachaykuna*, No.8, Instituto Científico de Culturas Indígenas, ICCI, Quito, 2008, pág. 30.

“los planteamientos de alcance más general de tales constituciones ignoran esta presencia humana, la no europea, y sus disposiciones más específicas, cuando la advierten, lo que proyecta es una asimilación sin consideraciones ni siquiera de unos mínimos derechos que hoy diríamos humanos básicos por realmente elementales en cualquier tiempo...”⁸

Lo dicho se puede evidenciar en la Constitución ecuatoriana de 1830 que estableció en su Art. 12 que “para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía se requiere: 1) Ser casado, o mayor de veintidós años; 2) Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos y ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero; 3) Saber leer y escribir.”⁹ Y agregó en el Art. 68 que “ nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.”¹⁰ En los hechos lo anterior implicó que las poblaciones indígenas -dada su condición de ser siervos o esclavos; no tener propiedad raíz, ni saber leer ni escribir- no fueran considerados como ciudadanos, dicho de otro modo, estaban prohibidos legal y socialmente de participar del proceso Estatal.¹¹ Es así que la idea de inferioridad étnica, como técnica colonial, siguió imperando en esta nueva época de independencias.

En este sentido Clavero reitera que “cada vez que cualquiera de aquellas constituciones latinoamericanas se refiere al objetivo civilizatorio de cara a la humanidad indígena, sea dicho en términos religiosos o laicos, lo que está programado es un acceso a una cultura ajena con renuncia y a costa de la propia, un logro de derechos con pérdida de los propios, sin contar además con el consentimiento de esa misma humanidad supuestamente interesada, pues se parte de entenderla como bárbara y de presumirla así en un estado de incapacidad o, como paladinamente se decía por alguna u otra Constitución, de idiotez o abyección.”¹²

Este proceso de homogenización bajo un discurso civilizatorio, atacó las diferencias étnicas y culturales de las distintas poblaciones que habitaban en el territorio de estos Estados, es decir, se generaron políticas públicas de asimilación e integración a un patrón socio- cultural dominante: el de occidente.

Estos procesos de asimilación y homogenización tuvieron en el Ecuador matices determinados por las características pre capitalistas de organización social comunitaria y economía moral. Lo anterior determinó el surgimiento de una nueva organización económica social –la hacienda-.

La cual partía de la base ideológica del Estado- Nación, sin embargo, se la consideraba para afectar la autonomía territorial, social, política y económica de que gozaban las comunidades indígenas en

⁸ Bartolomé, Clavero, “Biografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas”, siglo XXI Editores, México, 2008, pág. 22.

⁹ Constitución del Ecuador de 1830. Art. 12.

¹⁰ *Ibíd.* Art. 68.

¹¹ Este fenómeno fue común en todo el continente americano, así se evidenció en varias constituciones de los Estados: Chile – 1822: ‘Corresponde al congreso cuidar de la civilización de los indios del territorio’; Perú – 1823: Conversión de los infieles al evangelio a cargo del Senado; Paraguay – 1870: puntualizó convertirlos al cristianismo y a la civilización; Venezuela – 1858: los territorios ocupados por indígenas podrán ser regidos por leyes especiales; Venezuela – 1881: Establece el régimen especial con que deben existir regiones despobladas de indígenas no reducidos o civilizados. Clavero. *Op. Cit.*, pág. 23-29.

¹² *Ibíd.*, pág. 33.

el sistema colonial, e integrarlos a los procesos productivos planteados por el Estado¹³, para lo cual, resultaba indispensable, que se generen procesos de segregación étnica-cultural, pues sólo así y bajo una relación “amo-siervo”, se podía asegurar la reproducción de esta nueva estructura económico social.

La Hacienda, durante los siglos XIX y XX, se consolidó e integró a los indios a su estructura provocando en muchas ocasiones fracturas en los lazos con las comunidades a las que pertenecían. Con lo anterior se inició un proceso de abandono de identidades específicas para ser incluidos en el genérico de campesinados, a partir de lo cual la vida comunitaria dependió de la lógica y de la dinámica de la hacienda.

En la década de 1950, el sistema de la hacienda entró en un proceso de crisis debido dos factores: por un lado, el propio sistema capitalista exigía salir de esas estructuras precapitalistas; y por otro lado, la lucha de los campesinos por la propiedad de la tierra (indígenas sometidos a la lógica de la hacienda) generó que en las décadas de 1960-1970 se produjera un proceso de reforma agraria, la cual tuvo como consecuencias principales:

- a) La roturación de la tierra pertenecientes a las haciendas en unidades agrícolas, cuya propiedad en cierta medida pasó a manos de campesinos-indígenas; y,
- b) La liberación de los indígenas de la estructura socio- económica de la hacienda, lo que permitió el inicio de la recomposición étnica con base en la consolidación de su célula fundamental –las comunidades- y el surgimiento de un movimiento indígena.

Sin embargo la situación económica y social de los pueblos indígenas no varió mucho, pues se mantuvieron relaciones de explotación, discriminación y exclusión social bajo procesos que se denominaron la “hacienda moderna”, lo que permitió que al interior de estos pueblos se generen procesos de concientización y orgullo étnico, así como, procesos organizativos para exigir un pleno ejercicio y disfrute de sus derechos, en especial los económicos, sociales y culturales.

En este contexto, en la década de 1990 los indios organizados en la Confederación de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador, CONAIE, a través de grandes movilizaciones irrumpieron en la vida política del país y a partir de entonces se convirtieron en el actor político más relevante del escenario social del Ecuador.

En estas irrupciones sociales, los pueblos y nacionales indígenas que habitan en nuestro territorio, plantearon bajo el discurso “distintos pero iguales”, la exigencia de que la sociedad ecuatoriana los considere como iguales ante la ley en lo referente al disfrute de los derechos económicos y sociales; pero al mismo tiempo, afirmando su diferencia étnica, cultural y nacional.

¹³ “No es casual ni mera peripecia jurídica en la historia de dominación de los Andes que mientras el Estado colonial (y por su puesto el incaico) reconoce a los ayllus, comunidades y grupos étnicos el derecho de propiedad y posesión de sus tierras, por el contrario solo el Estado nacional se arroga ese derecho.” SANCHEZ PARGA, José, citado por MOREANO; Alejandro en obra citada, págs. 218 y 219.

Esto significó, que el movimiento indígena ecuatoriano plantee ciertos cambios a nivel constitucional y legal, como la necesidad de que se considere al Estado ecuatoriano como plurinacional y multiétnico, así como, que se establezcan una serie de derechos colectivos que permitan recrear esas diferencias.

2. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COLECTIVOS

En la esfera internacional según algunos analistas, el punto de partida de la internacionalización de los derechos indígenas se da con la Conferencia Internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas de América, llevada a cabo en Ginebra en el año de 1977, ya que los representantes indígenas a diferencia de lo esperado, no se calificaron como minorías étnicas, ni plantearon sus problemas desde la óptica de la discriminación y del racismo, sino que se autodefinieron como pueblos y naciones invadidas y colonizadas¹⁴.

Desde esta perspectiva, las organizaciones indígenas con el propósito de materializar sus derechos como pueblos, dirigieron su accionar en un doble sentido, por un lado planteando la revisión del Convenio 107 de la OIT de 1957, de lo que resultó la adopción del Convenio 169 de 1989, en el que se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de Derecho y como tales, beneficiarios de una serie de derechos colectivos. Por otro lado, que los sistemas de protección a los Derechos Humanos tanto a nivel universal (ONU) como regional (OEA) adopten Cartas de derechos de los pueblos Indígenas, objetivo que se ha conseguido parcialmente con la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

2.1 POSITIVACION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA CONSTITUCION ECUATORIANA

En el ámbito nacional, la Constitución ecuatoriana de 1998 marca una ruptura en la historia constitucional ecuatoriana, pues al menos formalmente plasma en su contenido algunas de las reivindicaciones planteadas durante décadas por los pueblos indígenas, y que especialmente adquirieron relevancia a partir de los años noventa con la configuración del movimiento indígena como actor político y social relevante. En este sentido, la Constitución de 1998 por primera vez reconoce al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico, e incorpora dentro del catálogo de derechos humanos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo cual conllevó además a un reconocimiento expreso de sujetos colectivos de derechos, no imaginado en el modelo de democracia liberal.¹⁵

Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos colectivos en la Constitución de 1998, no estuvo libre de controversias, pues la matriz liberal que tradicionalmente ha sustentado la teoría de los derechos humanos, no contemplaba sujetos colectivos de derechos. Una de las preocupaciones que se planteaba era que la aceptación de estos derechos, conllevaría un tratamiento jurídico especial a los

¹⁴ Ver en este sentido a SANCHEZ BOTERO, Esther, en *Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 37 y 38.

¹⁵ Atilio Borón, *Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina: notas para una discusión*, Observatorio Social de América Latina, CLACSO, año VII No. 20, mayo – agosto 2006, Buenos Aires, p. 293.

pueblos indígenas, lo cual sería contrario al principio de igualdad ante la ley.¹⁶ Así mismo se opinaba que las demandas de autonomía política y administrativa, resquebrajaban la noción de unidad del Estado. No obstante y a pesar de estos puntos de vista, la constitucionalización de los derechos colectivos presentaban un desafío no solo jurídico sino también político, en la medida que esos derechos se convertían en exigibles y justiciables, al mismo tiempo que dan lugar al reconocimiento político de nacionalidades y pueblos indígenas así como de sus territorios, dentro del Estado ecuatoriano.

Una década después sin que se hayan materializado en la realidad los derechos colectivos, la convocatoria a una Asamblea Constituyente en el 2007 y la posterior promulgación de una nueva Constitución en el 2008, generaron grandes expectativas respecto al ejercicio de estos derechos, pero también en relación a un nuevo modelo de Estado en el que haya cabida al respeto de los pueblos indígenas.

La Constitución de 2008

La Constitución elaborado por la Asamblea Constituyente de Montecristi y aprobada vía referéndum por el pueblo ecuatoriano, recupera los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de 1998, reclasificándolos e incluyendo algunas innovaciones, como las siguientes:

a) Titularidad y exigibilidad de los derechos. En este campo se materializa la idea de que los derechos tienen manifestaciones individuales y colectivas, en consecuencia, su ejercicio y exigibilidad puede ser realizado de estas dos formas¹⁷.

b) Jerarquía de los derechos. En la Constitución se materializa explícitamente la igual jerarquía de los derechos humanos¹⁸.

c) Reclasificación de derechos. La Constitución de 1998 establecía una clasificación en cuatro grupos: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos sociales y culturales (DESC), y derechos colectivos. La Constitución vigente procede a una reclasificación de los derechos en siete categorías: los derechos del buen vivir (parte de los DESC), derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (derechos colectivos), derechos de participación (derechos políticos y formas de democracia directa); derechos de libertad (derechos civiles y algunos DESC), derechos de protección (debido proceso); los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria y los derechos de la naturaleza.

Estas dos últimas categorías pueden ser consideradas como innovaciones de esta Constitución, ya que por un lado, se establece como una categoría específica de la carta de derechos a los grupos de

¹⁶ Ximena Endara Osejo, Debate y adopción de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución Ecuatoriana, en Angélica Bernal, comp., De la Exclusión a la Participación: Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador, Ediciones Abya Yala, Quito, 2000, p. 60

¹⁷ El Art. 11, numeral 1, de la Constitución dice: "Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual y colectiva..."

¹⁸ El Art. 11, numeral 6 establece: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía".

atención prioritaria, en los que se incluyen a las personas adultas mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños/as adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras. Por otro lado, la inclusión de los derechos de la naturaleza rompe con la lógica antropocéntrica del derecho al ambiente y ubica a la naturaleza como sujeto de derechos (Art. 71 al 74).

Así mismo, en la categoría de derechos del buen vivir se materializan como nuevos derechos de las personas, los derechos al agua y a la alimentación y como elemento esencial de este último, a la soberanía alimentaria.

Por otro parte, esta Constitución positiviza el derecho a la resistencia¹⁹, en el sentido de que las personas y colectivos pueden ejercerlo frente a las acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales.

Finalmente, la Constitución vigente caracteriza al Estado ecuatoriano como *plurinacionalidad*, con lo cual trasciende el carácter pluricultural y multiétnico que constaba en la Constitución anterior.²⁰ De esta forma se plasma jurídica y políticamente una reivindicación histórica del movimiento indígena ecuatoriano.

Ahora bien, este nuevo carácter del Estado (plurinacional) conlleva la deconstrucción de estructuras inherentes al Estado Nación y de las relaciones sociales desde una perspectiva descolonizadora. Es este sentido, la plurinacionalidad ofrece elementos para replantear las contradicciones de las sociedades modernas, como la del capital – trabajo y capital – naturaleza; y para proponer formas de producción comunitarias, entre otros aspectos.²¹ Supondría además el reconocimiento del ejercicio de otras formas de ejercicio de poder y participación, trascendiendo las de la democracia liberal-representativa, etc.

Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades

El Art. 57 de la Constitución establece los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en forma de derechos colectivos, entre los cuales tenemos los siguientes: El mantenimiento, desarrollo y fortalecimiento de su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; la conservación de la propiedad de las tierras comunitarias, las cuales serán imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles; la participación en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en su territorio; la obligatoriedad de ser consultados cuando vayan a ser explotados recursos naturales no renovables

¹⁹ Este derecho no es materializado en el Título correspondiente a los derechos humanos, sino, en el Art. 98 que corresponde al Título de la Organización del Poder.

²⁰ Ambos son términos más bien descriptivos que sirven para representar un contexto y un lugar en la que existen diversas culturas y caracteres étnicos, frente a los cuales se plantea su reconocimiento, tolerancia y respeto. En este sentido, el preámbulo de la Constitución de 1998, decía: “El pueblo del Ecuador [...] proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas.”

²¹ Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comp.), *La Plurinacionalidad: un paradigma de transformación social*, en *Plurinacionalidad. Democracia en diversidad*, Abya Yala, Quito, 2009, p.104

que se encuentren en sus territorios o antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos; la conservación y desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social y ejercicio de la autoridad; crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, etc.

De todos estos derechos que materializan la diversidad étnica y cultural, nos importa destacar en razón del propósito de este análisis, el que tiene que ver con el derecho a “conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia, organización social de generación y ejercicio de la autoridad”²², pues de éste derecho colectivo, se deriva la potestad de las autoridades indígenas para administrar justicia²³ y que es establecido en el Art. 171 de la Constitución, el cual textualmente dice:

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

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

De esta norma transcrita, se desprenden los siguientes elementos a saber:

- a) Se otorga a las autoridades indígenas la potestad jurisdiccional dentro de su ámbito territorial para administrar justicia en conflictos internos;
- b) Se reconoce la existencia de un derecho indígena denominado derecho consuetudinario;
- c) Establece como límites a esta potestad jurisdiccional su conformidad con la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales; y,
- d) Determina que la ley debe establecer los mecanismos de coordinación y cooperación con la jurisdicción ordinaria.

De todos estos elementos anotados, sólo se analizará el punto que hace referencia al reconocimiento de la existencia del derecho indígena o derecho consuetudinario, como base del pluralismo jurídico y de la administración de justicia indígena.

3. EL DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO JURÍDICO

Como ya se lo manifestó, nuestra Constitución al establecer en su Art. 171, la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas para administrar justicia de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario, se está reconociendo expresamente la existencia de otro derecho a parte del oficial, el Derecho Indígena, lo que implica que en el Ecuador existe lo que se denomina pluralismo jurídico.

²² Art. 57, numeral 9 de la Constitución.

²³ Ver en este sentido a GRIJALVA, Agustín en Justicia Indígena en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2001, pág. 20.

A este pluralismo jurídico desde la doctrina se lo entiende “como la existencia o coexistencia de diversos órdenes jurídicos dentro de un mismo espacio, así sean subordinados a un orden mayor, y que están en permanente disputa sobre su legitimidad y extensión.”²⁴ En este sentido, hay que tener presente que por las características propias del derecho indígena, éste se diferencia del derecho oficial por varias razones, entre las cuales tenemos:

a) El derecho oficial ecuatoriano al responder a la tradición jurídica europea continental, es un derecho positivo, es decir, la creación del derecho se lo realiza a través del órgano encargado de producir normas (la Asamblea Nacional) y estas normas para ser obligatorias necesitan ser conocidas por las personas que no participaron en su proceso de formación, por lo que se las reduce a escrito y se las publica en un medio de comunicación (Registro Oficial) que posibilita su difusión y conocimiento por parte de los miembros de la sociedad.

Por su parte el derecho indígena es un derecho consuetudinario, lo que significa que la creación del derecho no está en manos de la Asamblea Nacional, sino en manos de las comunidades indígenas (Asambleas, Cabildos) y se las produce al momento de resolver conflictos y de acuerdo a su ethos cultural. No necesita reducirse a escrito y publicarse, porque al participar en su formación directamente los miembros de las comunidades indígenas, estos instrumentos carecen de sentido.

b) El derecho oficial por su forma de creación es estático y por su característica de ser escrito, genera cierta certidumbre sobre su vigencia, en cambio el derecho consuetudinario por sus características es mucho más dinámico y evolutivo, es decir se adapta más rápidamente a las necesidades y exigencias de resolución de conflictos de la comunidad, pero no goza de esa certidumbre planteada para el derecho positivo.

c) El derecho oficial ecuatoriano al pertenecer a la familia Romano Germánica, divide su derecho en público y privado y a éstos a su vez en diferentes ramas.

Por su parte el derecho indígena desconoce esta distinción del derecho, tanto desde la perspectiva de lo público como privado, así como de sus ramas,²⁵ quizá esto responda a su cosmovisión, la cual plantea que tanto la recreación de la vida individual como colectiva debe realizarse desde la perspectiva de valores comunitarios, por lo que lo público y lo privado se confunden y entre mezclan y en definitiva, se subsumen bajo la categoría de lo comunitario.

En lo que se refiere a que el Derecho indígena no plantea la división del derecho en ramas, desde la perspectiva de ciertos sectores esta no división y por tanto, no especialización de las personas que administran justicia (en el caso del derecho indígena, los miembros de la comunidad conjuntamente con sus autoridades) determina que potencialmente al momento en que se administre justicia se puedan vulnerar una serie de derechos de las personas que son juzgadas e incluso de las víctimas.

²⁴ BOTERO SANCHEZ, Esther, en obra citada, pág. 117.

²⁵ Ver en este sentido lo planteado por TRUJILLO, Julio César, Justicia Indígena en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2001, pág. 14.

Si el derecho indígena plantea una serie de tensiones a la luz del derecho oficial, esto se potencializará dramáticamente en el ámbito de lo penal, este punto será el que desarrollemos más adelante.

Sin embargo, vale decir que las diferencias no sólo se refieren a aspectos de forma (como se produce y se reforman normas en cada uno de estos ordenamientos jurídicos o bajo que procedimientos), sino hacen relación con aspectos de fondo, como por ejemplo, entender que el derecho indígena es parte de la identidad cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas y como tal, determina que la comunidad participe y este muy cercana tanto de la creación como aplicación de su derecho, o dicho en palabras de Ernesto Albán: “Las diferencias se refieren a aspectos mucho más profundos que tienen que ver con la concepción misma del papel de las normas de derecho dentro de una sociedad, con su origen y elaboración (no son normas impuestas y exigidas por un poder distante y muchas veces extraño, sino compartido por todos en sus diversas fases), con los mecanismos a través de los cuales se exige su cumplimiento obligatorio.

En este mismo sentido, Stavenhagen, refiriéndose en general al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas de América Latina, manifiesta que “éste es parte integral de su estructura social y de su cultura, es elemento básico de su identidad étnica. Y es evidente que no se puede afirmar lo mismo del derecho oficial en el conjunto de la sociedad nacional”²⁶.

4.- Análisis comparativo en la criminalización entre sistema Penal Oficial y Sistema Penal Indígena

Como se dijo anteriormente la tensión existente entre el derecho oficial y el indígena encuentra su mayor expresión en el ámbito penal, que va desde saber cuándo es competente la justicia oficial, y cuándo la indígena; hasta la posibilidad de que se argumente que dentro del proceso de administración de justicia indígena se violentan derechos fundamentales de los imputados o de las víctimas, sin embargo, antes de ingresar a lo anotado, resulta necesario describir algunas de las diferencias existentes entre el sistema penal oficial y el indígena, si se admite que existe.

Como se sabe, la criminalización al interior de los Estados, es el resultado de la actuación de las agencias que conforman el sistema penal y ésta opera en dos niveles a saber:

Por un lado, se encuentra la criminalización primaria, que no es sino, el acto y efecto de sancionar una ley penal, la cual tiene como objeto, incriminar conductas y proyectar el ejercicio del poder punitivo sobre ciertas personas; y, por otro lado, se sitúa la criminalización secundaria, que consiste en el ejercicio mismo del poder punitivo sobre personas concretas.

Ahora bien, cabría preguntarse si lo dicho hasta aquí, responde a la realidad de Estados que se construyen sobre un pluralismo jurídico, es decir, con la existencia de otro ordenamiento jurídico que no es sino, el derecho indígena.

²⁶ ALBAN GOMEZ, Ernesto, La Propuesta Indígena y sus Derivaciones Legales en la Obra Los Indios y el Estado- País, Ediciones Abya- Yala, Quito 1993, pág. 196.

En cuanto a la criminalización primaria como ya lo manifestamos anteriormente, en el caso del derecho indígena no es el acto y efecto de sancionar una ley penal por parte de la Asamblea Nacional, pues al ser un derecho consuetudinario, éste se forma con la participación de todos los miembros de una comunidad y las conductas que incrimina no necesariamente corresponden al derecho penal oficial e incluso vale decir, este no es uniforme para los distintos pueblos y nacionales indígenas, ya que entre éstos mismos existe una fuerte diversidad.

Otro de los puntos a considerar es que con la criminalización primaria, se programa la intervención del poder punitivo en los conflictos sociales a través de modelos decisorios. En este punto también se presenta otra gran diferenciación entre el modelo planteado por el derecho oficial y el programado por el derecho indígena.

En términos generales se puede manifestar que el derecho oficial penal, programa la decisión de conflictos sociales mediante una coerción que priva derechos o infringe un dolor (pena), sin que se persiga un fin reparador o la neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente²⁷.

En lo que se refiere al derecho indígena en términos generales se puede sostener, que el modelo de intervención social tiene como fin la solución de conflictos, pues éste no deja de lado a la víctima como lo hace el derecho oficial penal (confiscación de la víctima) por lo que busca satisfacer a las partes y a la propia comunidad.

Por otra parte hay que subrayar, que las diferencias existentes entre estos dos modelos punitivos de intervención social son muchas y de diversa índole, por ejemplo piénsese que pasa con la selectividad de la criminalización primaria y secundaria, con la prisionalización de personas, o el rol que juegan el resto de agencias del sistema penal como son los medios de comunicación, las universidades como centros de reproducción ideológica, etc.

Ahora bien, lo que si debemos analizar aunque sea en términos generales, es cómo deberían ser resueltos casos en que exista una colisión de derechos al momento de ejercer el derecho colectivo de administración de justicia indígena (derechos individuales vs. derechos colectivos; quién debe proceder a juzgar, el sistema oficial o las autoridades indígenas).

Sin lugar a dudas, con lo dicho se visualiza las tensiones teórico-prácticas que implica el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución y como éstas tensiones deben ser resueltas por los intérpretes desde una visión intercultural.

En tal sentido, en primer lugar el intérprete constitucional debe partir de la noción básica de que los derechos colectivos forman parte de los derechos humanos y como tal, han sido positivados en nuestra Constitución, por lo que éstos deben ser entendidos como el fundamento axiológico del Estado y su defensa responde a un interés general del Estado y no a un interés particular de las

²⁷ Ver en este sentido lo planteado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en Derecho Penal, Parte General, EDiar, Buenos Aires, 2000, pág. 35.

comunidades indígenas²⁸, lo que significa, que el intérprete en la resolución de cada caso concreto y cuando existan colisión de derechos, deberá previo estudio, utilizar la técnica hermenéutica más adecuada de acuerdo a los bienes y principios jurídicos que estén en juego.

Como se sabe, existen una serie de técnicas hermenéuticas como la ponderación, el test de razonabilidad, el principio de proporcionalidad, el del núcleo esencial de derechos, etc., las cuales pueden ser utilizadas en una variedad de conflictos, incluso a los que pueden presentarse al momento de que las autoridades indígenas administren justicia.

Como no es posible dar formulas de aplicación de estas técnicas en abstracto, sino ver cómo han sido utilizadas en la resolución de casos concretos, utilizaremos como ejemplo un caso resuelto por la Corte Constitucional Colombiana al momento de resolver conflictos de derechos en el ámbito de la administración de justicia indígena.

En la sentencia No. T-523/97 se analiza en una de sus partes pertinentes, si la utilización del fuate como forma de castigo constituye o no una forma de tortura o pena degradante, a continuación transcribimos la parte pertinente:

“COMUNIDAD INDÍGENA PAEZ- Figura simbólica del fuate no constituye tortura ni pena degradante

El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante del otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”.

Este es un ejemplo de cómo se aplicó la técnica hermenéutica del núcleo esencial, pues se llegó a determinar que el derecho a la integridad física en sí no fue vulnerado con los fuetazos que se procedieron a dar al accionante de la tutela.

Con lo dicho hasta aquí, se evidencia que la administración de justicia es un derecho colectivo enmarcado en los derechos humanos y que en el caso de presentarse colisión de derechos al momento de administrar justicia existen herramientas técnicas desde una perspectiva intercultural que

²⁸ Ver en este sentido lo dicho por SOTELO, Carlos, en Pensamiento Jurídico- Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico, No.9, Universidad Nacional de Colombia, pág. 117.

permitirían abordar adecuadamente dicha problemática y preserven la vigencia de los derechos humanos.

Sin embargo de lo cual, y pese al reconocimiento constitucional de este derecho, en la realidad se puede evidenciar la intención de deslegitimar a la administración de justicia indígena desde los órganos del Estado²⁹.

Es así que, en la Provincia de Cotopaxi, en la comunidad La Cocha se realizó un proceso de sanción a varios miembros de esa comunidad acusados de asesinar a otro de sus miembros, situación que fue aprovechada para calificar a la justicia indígena de primitiva.³⁰ De esta forma el Presidente de la República al referirse a este tema afirmó:

*“[...] colgar de los brazos a jóvenes desnudos y azotarlos en público es tortura eso no es justicia no es un problema de ley, es un problema de parar abusos y prácticas intolerables en el siglo XXI [...] se empezarán juicios contra aquellos que secuestraron a estos jóvenes porque en nombre de la justicia indígena no se puede secuestrar, no se puede torturar, no se puede denigrar”.*³¹

Por su parte el Defensor Público, manifestó que respeta a las costumbres ancestrales, pero *“no puede seguirse exponiendo al país ante el bochorno internacional a través ‘de prácticas primitivas’”*.³²

Además de la desvalorización del ejercicio de justicia indígena, en este caso se criminalizó su ejercicio, bajo el argumento de que no es procedente ya que las sanciones aplicadas por la comunidad, no están previstas en la normativa nacional, y que los castigos impuestos constituyen delitos sancionados en la ley penal por lo que se justifica el inicio de una investigación penal, lo cual fue anunciado públicamente por el Presidente de la República³³ y por el Fiscal General de la Nación.³⁴ De esta forma se dio lugar a una indagación previa por delito de plagio agravado, en contra de siete líderes indígenas de esta comunidad. Este proceso no ha prosperado ya que fue sometido a

²⁹ Esta parte del análisis es tomada del Informe: Análisis y Perspectivas del ejercicio de los Derechos Colectivos en el Ecuador, CDES, Quito, 2011, pág. 44 y siguientes.

³⁰ La “Cocha” es uno de los casos más emblemáticos que han puesto en evidencia el uso de la justicia penal occidental en contra de quienes aplican la Jurisdicción indígena. Este caso se refiere al juzgamiento de cinco miembros de la comunidad indígena que fueron encontrados culpables por la muerte del señor Antonio Pallo Olivo, miembro de la comunidad la Cocha. Llászag, Raúl (2011). “Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El caso la Cocha”. En Develando el desencanto: Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010, versión ampliada. Disponible en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedh2010.pdf>.

³¹ Presidente Correa calificó duramente a aplicación de justicia indígena. En Youtube, <http://www.youtube.com/watch?v=a3803X6DcdU>. Consultado: 06-15-2011.

³² “Defensor Público, Delitos deben ser juzgados penalmente”, <http://www.diario-expreso.com/ediciones/2010/05/27/nacional/actualidad/defensor-insiste-en-ley-que-norme-justicia-indigena/>. Visitada 06-20-2011.

³³ Revisar video de Youtube ya citado

³⁴ Frente a la aplicación de la justicia en la comunidad la Cocha el Dr. Washington Pesantez afirmó “[...] no procede porque no están contempladas en la normativa legal ecuatoriana”, por tanto, anunció el inicio de “[...] dos investigaciones: una, en torno a la muerte del aborigen; y, otra a los líderes indígenas por presuntamente haber secuestrado a Quishpe por 15 días”. Mena, Paúl, (2010). Ecuador: Justicia indígena pone a prueba al Estado. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/05/100526_0713_ecuador_justicia_indigenas_cr.shtml. Visitado: 06-21-2011.

conocimiento y resolución de la Corte Constitucional, sin que hasta ahora exista respuesta alguna. (Llásag, 2011: 102-103).

La criminalización de la justicia indígena, pone en evidencia la intención del Estado ecuatoriano de reprimir prácticas tradicionales de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y por tanto, impedir el ejercicio de su derecho a la autodeterminación. Además esta criminalización está relacionada con la intención del Estado ecuatoriano de reprimir las manifestaciones de las comunidades indígenas en la medida que éstas cuestionan el modelo de desarrollo extractivista. (Llásag, 2001: 103).

Cabe mencionar que la Presidencia de la República, solicitó a la Corte Constitucional³⁵ una interpretación del artículo 171 de la Constitución de la República, que faculta a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales en base a sus tradiciones ancestrales y dentro de sus territorios. La Presidencia en su petición requiere a la Corte Constitucional que se establezca una sanción para quienes ejecuten la jurisdicción indígena en caso de que su aplicación provoque lesiones que superen los tres días de incapacidad. Así mismo, solicita se establezca la necesidad de “modernización” de la justicia indígena, con el fin de que se equipare a la justicia ordinaria (Llásag, 2011: 102).

Si bien no se conoce respuesta de la Corte respecto a este pedido, la Asamblea Nacional, a través de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, ha iniciado el debate del proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, con el propósito de “[...] fijar los límites entre los dos sistemas, así como la coordinación y cooperación entre los órganos de la Función Judicial y las funciones jurisdiccionales de las autoridades de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas”³⁶.

El proyecto propone establecer un catálogo de los delitos que serán incorporados o excluidos de la Jurisdicción Indígena. Esta selección se realiza sobre el criterio de los asambleístas del grado de complejidad o importancia que poseen las conductas penales. En este sentido, establece que los delitos catalogados complejos, como los de asesinato, violación sexual y delitos de lesa humanidad, no podrán ser juzgados por la justicia indígena.³⁷

Esta posición marca una diferencia entre las jurisdicciones occidental e indígena, considerando a una superior frente a la otra, por lo tanto se encarga a la justicia occidental del tratamiento de ciertos delitos considerados graves y a la justicia indígena delitos menores, discurso que ha sido reforzado por autoridades estatales. Así, el Fiscal General de la Nación manifestó públicamente que “[...] es una tremenda equivocación si los indígenas creen que van a ejercer la justicia en delitos graves

³⁵ 7 de agosto del 2010, causa No. 007 – 10 - IC

³⁶ Asamblea Nacional, Comisión de Justicia y Estructuración del Estado (2011). “Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación de la Justicia Indígena”. Disponible en: <http://asambleanacional.gov.ec/blogs/comision1/2011/06/01/proyecto-de-ley-organica-de-coordinacion-y-cooperacion-entre-la-justicia-indigena-y-la-jurisdiccion-ordinaria-fue-analizado-con-organizaciones/>, visitado en 06/18/2011.

³⁷ Buró de análisis informativo (2011). Coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria ya se discute en la Asamblea Nacional. Disponible en: <http://www.burodeanalisis.com/2011/05/26/coordinacion-entre-la-justicia-indigena-y-la-ordinaria-ya-se-discute-en-la-asamblea-nacional/>, visitado en 06/20/2011.

como el asesinato y la violación, todo tiene su límite.”³⁸ Por otro lado en opinión del Presidente del Consejo de la Judicatura la Justicia indígena es aplicable solamente “*para ciertas cuestiones, cuestión de edad, cuestión de familia, cuestión de delitos menores como el robo de borreguitos, cosas por el estilo, pero ya en cuestión de cosas mayores tienen que intervenir necesariamente la justicia ordinaria*”³⁹

Finalmente, cabe mencionar que el Relator Especial para Pueblos Indígenas, James Anaya absolvió consultas de los Asambleístas miembros de la Comisión de Justicia, a través de una video conferencia, ocasión en la cual sostuvo que son los pueblos indígenas los que deben determinar los hechos que deben ser objeto de sanción, y que la Ley no debería establecer taxativamente las conductas que deben ser objeto de tratamiento de la justicia indígena y cuáles no. Además agregó que esta Ley debe ser consultada en todas sus fases con las organizaciones indígenas representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas.⁴⁰

³⁸ http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1037665/-1/Fiscal_califica_de_subcultura_a_la_justicia_ind%C3%ADgena_.html.

³⁹ <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/audio-benjamin-cevallos-comenta-sobre-las-reformas-penales-443611.html> .

⁴⁰ Video conferencia que se llevó a cabo el 16 de junio del 2011, <http://unsr.jamesanaya.org/esp/videos/video-conferencia-asamblea-nacional-del-ecuador>