

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

tesis
KHK
198
252
2003

**APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA INDÍGENA
EN EL ECUADOR:
UNA BASE CONCEPTUAL Y DIEZ PREGUNTAS PUNTUALES**

Daniela Salazar Marín

72131

USFQ - BIBLIOTECA

**Tesina para la obtención del título de Abogado
Quito, 21 de Noviembre de 2003**

1. Justicia -- administración -- indígenas de Ecuador --
Tesis y disertaciones académicas
2. Justicia -- administración -- pluralismo -- Ecuador

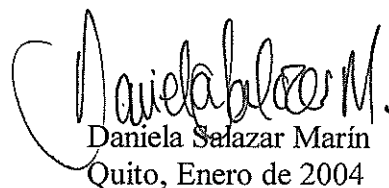
USFQ - BIBLIOTECA	
d. Autera	
04-01-22	
23 ENE 2004	0 0 2 7 5

RESUMEN DE TESIS

El presente ensayo aborda el tema de la justicia indígena en el Ecuador, es decir, la posibilidad de que las autoridades indígenas apliquen sus propias normas y procedimientos en los conflictos internos que resuelven.

En la primera parte encontramos una reflexión teórica sobre el pluralismo jurídico en el Ecuador, así como también de ciertos conceptos básicos de la teoría de los derechos humanos que son relevantes para este tema. El objetivo de este análisis es el de indagar sobre el fundamento y los límites de la justicia indígena, para luego buscar soluciones a los posibles conflictos que surgen de su aplicación en un país donde conviven dos sistemas jurídicos: por un lado el Derecho oficial, y por otro las normas consuetudinarias de las comunidades indígenas.

La segunda parte el análisis parte de esa base teórica para responder a ciertas preguntas prácticas que surgen frente a este tema. ¿Podemos hablar propiamente de un sistema jurídico indígena? ¿Qué autoridades están legitimadas a aplicar la justicia indígena? ¿En qué clase de conflictos pueden aplicarse estas normas? ¿Qué sanciones puede contemplar el Derecho Indígena? Estas son sólo algunas de las cuestiones que esta tesis pretende resolver.


Daniela Salazar Marín
Quito, Enero de 2004

Acta

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR: UNA BASE CONCEPTUAL Y DIEZ PREGUNTAS PUNTUALES", presentado por la estudiante, Daniela Salazar Marín, previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Examinación, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Fabián Corral Burbano de Lara, Presidente del Tribunal.
Señor Doctor Alejandro Ponce Villacís, Director del Ensayo Jurídico.
Señor Doctor Ernesto Albán Gómez, Lector del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora veinte minutos, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 97/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 95/100, da la nota final de 96/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día 11 de Diciembre del año 2003.




Dr. Fabián Corral B.
Presidente del Tribunal



Dr. Alejandro Ponce V.
Director Ensayo Jurídico



Dr. Ernesto Albán G.
Lector Ensayo Jurídico



Daniela Salazar Marín
Estudiante

*“Aunque es una simpleza creer que todas las tradiciones
presentan valores igualmente humanizadores,
es igualmente simple pensar que es una sola tradición
la que debe liderar el progreso en una justicia global.”*

Adela Cortina

*“Los nacionalismos llevaron al mundo al borde de la destrucción;
el secuestro de la razón en una cultura, al genocidio y la esclavitud.*

Es necesaria una nueva visión.”

Luis Villoro

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
--------------------	---

primera parte

CLAVES PARA COMPRENDER LA SOCIEDAD PLURALISTA

1. La idea de pluralismo	7
1. 1. Dos malentendidos	10
a) El multiculturalismo segregacionista	10
b) La acción afirmativa	12
1. 2. El Ecuador pluralista	12
2. La ficticia asociación estado-nación	13
3. La costumbre como fuente de Derecho	18
4. Los Derechos Humanos como límite al pluralismo jurídico	21
4. 1. Derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley	23
4. 2. La diversidad cultural como Derecho Humano	26
4. 3. Los pueblos indígenas como sujetos de Derechos colectivos	29
4. 4. El derecho a la autodeterminación de los pueblos	32
5. Criterios que deben guiar la interpretación constitucional	35

segunda parte

JUSTICIA INDÍGENA EN UNA SOCIEDAD PLURAL

1. Una realidad controversial	44
2. Cuestiones -aparentemente- conflictivas	45
2. 1. ¿Existe una justicia propiamente indígena?	45
2. 2. ¿En qué se diferencia el Derecho indígena de la justicia por mano propia?	49
2. 3. ¿Quiénes están legitimados para ejercer la justicia indígena?	50
2. 4. ¿Qué conflictos son internos?	53
2. 5. ¿Qué materias pueden conocer las autoridades indígenas?	57
2. 6. ¿Qué sanciones puede contemplar el Derecho consuetudinario indígena?	58
2. 7. ¿Cómo solucionar los posibles conflictos de competencia?	63
2. 8. ¿Es una justicia voluntaria u obligatoria?	64
2. 9. ¿Cómo proceder si se han violado los Derechos Humanos?	66
2. 10. ¿Cómo se aplican ciertos principios del Derecho ?	68
a) debido proceso	68
b) non bis in idem	69
c) reserva legal	71
d) igualdad y generalidad de la ley	73
e) unidad jurisdiccional	74
Conclusiones	75
Bibliografía	77

INTRODUCCIÓN

El pluralismo jurídico, entendido como la coexistencia de dos o más sistemas de normas en un mismo espacio territorial, es una realidad que ha acompañado al Ecuador a lo largo de su historia. El Derecho se crea ante la necesidad de las diversas culturas y pueblos de normar su convivencia en sociedad: es así como el Derecho indígena existió desde antes de la llegada de los españoles, quienes impusieron su sistema jurídico. Aunque el Derecho indígena fue muchas veces relegado y a veces hasta sancionado penalmente, las comunidades indígenas, unas más que otras, han sido reacias a adoptar las normas jurídicas que les fueron impuestas y de esta manera sus prácticas culturales y jurídicas sobrevivieron a la colonia.

A pesar de que el pluralismo jurídico ha existido como realidad en nuestro país, estuvo prácticamente ausente del debate jurídico nacional hasta hace unos años. Históricamente, las Constituciones, leyes, e incluso Convenios Internacionales olvidaron que el Derecho, para ser eficaz, debe estar siempre asociado a la cultura de los sujetos a quienes está dirigido. En lugar de buscar esta imprescindible conexión entre Derecho y sociedad, éste fue utilizado como herramienta de conquista y sometimiento.

Durante mucho tiempo, el paradigma que dominó y se convirtió en política estatal en el Ecuador fue el de la integración cultural¹. Se argumentaba que dar a los pueblos indígenas un estatus especial sólo continuaría la segregación, explotación y humillación a la que han estado expuestos durante los últimos 500 años, por lo que era necesario integrarlos al sistema cultural dominante.

Paradójicamente, la globalización, que en gran medida es un fenómeno uniformizante, ha traído consigo una creciente conciencia de la diversidad étnica y cultural del mundo, y con ella ha despertado también la conciencia de identidad de pueblos distintos que vivían bajo una máscara de homogeneidad. Hoy en día, se ha puesto de relieve la necesidad de proteger la diversidad étnica y cultural en todos los rincones del planeta, evitando que sea una cultura la que absorba al resto. Los Estados

¹ Esta política estuvo convalidada por la vigencia del el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo.

han comprendido la necesidad de permitir a sus individuos redefinir su identidad en tanto miembros de grupos culturalmente diversos, alejándose del concepto –generalmente ficticio- de nacionalidad estatal.

El respeto a la diversidad trajo consigo la idea de que tratamientos diferenciados por razones de cultura constituyen la única forma de respetar a todos por igual. Es así como el Derecho Internacional reconoció que para evitar la erosión de las normas, valores y costumbres de los pueblos a lrededor del mundo, era necesario reconocer las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida. Este reconocimiento se tradujo, a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales², en el derecho de los pueblos indígenas a conservar y aplicar su Derecho propio.

La ratificación del Convenio 169 ha inspirado un proceso de reformas constitucionales en Latinoamérica en la última década, las cuales se caracterizan por afirmar el carácter pluricultural del Estado como parte de la definición constitutiva del mismo, proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y reconocer las formas indígenas de administración de justicia. En el Ecuador, el Convenio 169 de la OIT³ fue aprobado por el Congreso Nacional en abril de 1998, al tiempo que se celebraba la Asamblea Constitucional de la cual surgió la actual Constitución Política. En la Constitución de 1998 se plasmó, desde el preámbulo, la voluntad del pueblo ecuatoriano de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas. Acto seguido, el artículo 1 declara que el Ecuador es un Estado pluricultural y multiétnico⁴. Se consagró así constitucionalmente el principio de diversidad étnica y cultural del Ecuador. Este reconocimiento no puede ser entendido como mera retórica. Por esto, es imprescindible trabajar hacia la construcción de un esquema jurídico que permita articular con eficacia la aplicación del pluralismo jurídico en el Ecuador.

Una de las disposiciones que más debate generó en la Asamblea Constitucional y que más controversias ha suscitado en la reflexión jurídica del Ecuador es la del artículo 191, que no es sino una manifestación concreta del derecho de los pueblos indígenas a

² Adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989

³ Publicado en el Registro Oficial 206 de 7 de Junio de 1999

⁴ Definición que ya había sido introducida en la Reforma Constitucional de 1996

conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social de generación y ejercicio de la autoridad, consagrado en el artículo 84 de nuestra Constitución. El inciso cuarto del artículo 191 dispone que “las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”. Con esta disposición en vigencia⁵, la Constitución afirma el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a darse sus propias normas, administrar justicia y tener sus propias autoridades

El Ecuador, al reconocerse un Estado pluricultural y multiétnico, se ha comprometido a garantizar la vigencia de las diversas formas de manifestación cultural de los pueblos indígenas⁶. El Derecho es una parte esencial de la identidad étnica de un pueblo y una de sus más importantes manifestaciones culturales, por lo que el Estado se ha comprometido a reconocer las diversas manifestaciones del Derecho indígena en el Ecuador.

Este reconocimiento plantea una serie de problemas. Por ejemplo, se vuelve necesario determinar cuál es la relación de jerarquía entre el Derecho indígena y el oficial o esclarecer si ambos deben tener el mismo valor jurídico para poder ser aplicables. También, deberán buscarse mecanismos para aplicar la Constitución a través de los cuales los pueblos indígenas finalmente alcancen la igualdad, sin que en ese objetivo se termine por conceder privilegios innecesarios. Además se impone definir cuáles son los límites al Derecho indígena, y si éstos se encuentran en los Derechos Humanos, en la Constitución, o en todas las leyes vigentes en el Ecuador.

⁵ Cabe resaltar que, aunque la Constitución prevé la existencia de una ley de compatibilización entre el sistema estatal y el indígena, la ausencia de esta ley no impide la plena vigencia de esta disposición, en virtud del inciso tercero del artículo 18 de la misma Constitución, según el cual no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en ella, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

⁶ A lo largo de este ensayo, el concepto de pueblos indígenas estará referido a aquellos grupos sociales que se autoidentifican en términos culturales y que mantienen cierta continuidad histórica con sus antepasados, tanto en sus formas de organización, como en sus rasgos culturales.

Posibles conflictos pueden surgir también de la protección constitucional de los Derechos Humanos y de la diversidad cultural como uno de ellos. Y es que ciertos derechos fundamentales, aunque se consagran a sí mismos como universales, han sido redactados sin tomar en cuenta la diversidad de culturas y esa redacción puede significar una contradicción con el valor de la diversidad. Esto plantea la necesidad de comprender los Derechos Humanos en una forma distinta, de tal forma que éstos puedan constituir el límite a toda manifestación del poder, sea por parte del Estado o de las autoridades indígenas.

Estos problemas no son nuevos, sino que por lo general han sido abordados con claras muestras de etnocentrismo e intolerancia por parte de quienes se creen dueños de una única y absoluta racionalidad. Otra forma de aproximarse al tema ha sido adoptando una perspectiva paternalista, partiendo del principio de que los pueblos indígenas son minorías y han sido discriminadas, pero desconociendo que el verdadero fundamento de la protección especial que merecen se encuentra en el valor de la diversidad que representan. La riqueza de su diversidad es, ciertamente, un tema mucho más complejo que el de las minorías⁷.

Me propongo, a lo largo de este ensayo, tratar estos problemas desde una perspectiva que reconozca y valore la diferencia de los pueblos indígenas, pero no asuma su inferioridad. Mi intención es plantear, mediante este ensayo, las bases para un Estado pluralista y a la vez cohesionado, fortalecido en la diversidad. Un Estado que garantice la convivencia pacífica de todos los pueblos, por distintas que sean sus formas de ver el mundo.

Para cumplir este objetivo, he considerado necesario y a la vez apropiado que el acercamiento al tema de la justicia indígena parta de una base conceptual fuerte, que nos permita comprender el marco dentro del cual ésta debe ser aplicada. Por esto, el presente ensayo explora ese marco conceptual en el cual se pueden encontrar los fundamentos pero también los límites del derecho al propio Derecho.

⁷ Cabe señalar que en la Declaración de Viena de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el movimiento indígena logró que se separara su declaración de derechos (art. 20) de la de los derechos de las minorías (Art. 19), obteniendo así especificidad propia y diferenciada.

Dicha base conceptual gira, primero, alrededor de la idea de pluralismo. Digo "la idea" porque el pluralismo como palabra está totalmente desgastado. Sin embargo, al no haber un sinónimo, se vuelve necesario reconstruir este concepto y devolverle su verdadero significado, de tal forma que pueda ser útil al momento de edificar una convivencia armónica en una sociedad jurídicamente pluralista.

Luego, he considerado necesario indagar sobre ciertos paradigmas que la sociedad y sobre todo la teoría jurídica han asumido como ciertos y que constituyen un obstáculo al momento de respetar la alteridad y afirmarla como un valor positivo en nuestra cultura. Me refiero específicamente a la ficción de que a todo Estado puede asociársele una única nacionalidad y a la confusión de que la costumbre sólo puede constituir una fuente secundaria de Derecho.

La parte conceptual del ensayo se detiene luego en ciertos conceptos de la teoría de los Derechos humanos cuyo verdadero alcance debe comprenderse para comprender cuál es el fundamento del derecho a la diversidad cultural y jurídica. Son estos conceptos los que permiten delinear ciertos criterios que deben tomarse en cuenta al momento de interpretar los posibles conflictos entre las normas constitucionales que garantizan la diversidad cultural y aquellas redactadas sin tomar en cuenta esta diversidad.

A partir de este cimiento teórico filosófico, me he propuesto dar breves respuestas a las cuestiones más controversiales que plantea la aplicación de la justicia indígena⁸. A través de estas respuestas he intentado comprender, por ejemplo, la diferencia entre los linchamientos y la verdadera aplicación del Derecho consuetudinario indígena, cuál es el significado de sanciones como latigazos, ortiga y baños de agua fría, y hasta dónde deben ser permitidas por el Estado. Aunque he intentado plantear las preguntas más relevantes, los posibles conflictos que pueden surgir de la justicia indígena no se agotan en las diez preguntas que plantea este ensayo. Por esto, me ha parecido necesario, en la primera parte, dejar sentada una base teórica en la cual puedan hallarse respuestas a cuestionamientos que no se incluyen en este ensayo. Un consenso en cuanto al marco conceptual y jurídico para una forma diferenciada y pluricultural de la ciudadanía es el primer paso para resolver esos posibles conflictos.

⁸ Este ensayo es, entonces, un análisis básicamente teórico. La imposibilidad de realizar una investigación de campo sería en tan poco tiempo, ha vuelto necesario que me remita únicamente a investigaciones antropológicas ya realizadas.

Vale poner en claro desde ahora que no pretendo concluir este ensayo con una respuesta determinante a todas las interrogantes que plantea el ejercicio de la justicia indígena y el reconocimiento del Ecuador como un Estado plural. Este intento sería, a mi modo de ver, una forma más de contribuir al dominio y la exclusión que ha regido sobre los pueblos indígenas del Ecuador. Implicaría desconocer la facultad de las comunidades indígenas para darse sus propias normas y para participar en la construcción de una sociedad plural dentro del Ecuador. Este ensayo no puede plantear una respuesta externa y unilateral sobre cómo deben los indígenas participar e incorporarse en la sociedad ecuatoriana. Dichas respuestas deben provenir del debate al interior de las comunidades indígenas, y del diálogo y coordinación interculturales. Lo que se propone son pautas que podrían guiar el proceso de armonización jurídica en el Ecuador a partir del reconocimiento de la realidad pluricultural del país y del Derecho indígena como parte integrante del ordenamiento ecuatoriano. El debate está abierto.

primera parte

CLAVES PARA COMPRENDER LA SOCIEDAD PLURALISTA

1. LA IDEA DE PLURALISMO

La idea de pluralismo fue concebida como un modelo para tratar la diversidad sociocultural. La cuestión de la diversidad ha sido enfrentada de muy variadas formas a lo largo de la historia. Las reservas indias, la promoción o evitación del mestizaje, las políticas indigenistas, los modelos de integración, el apartheid, la formación de guetos y otras formas de segregación residencial, son sólo algunos ejemplos de los intentos por solucionar este "problema" (Malgesini y Giménez 50). El modelo pluralista surgió como una alternativa necesaria ante el fracaso de los modelos de asimilación y de fusión, por lo que me referiré brevemente a éstos.

La asimilación es una propuesta de uniformización cultural. Pretende que las minorías abandonen su propia cultura y vayan adoptando los rasgos de la cultura dominante. La fusión, por su parte, tiende a que las culturas originales desaparezcan ante el surgimiento de una nueva cultura que las integre. La fusión cultural, también denominada *melting pot*, se ha proyectado con gran fuerza en Estados Unidos en respuesta a lo que se suele llamar *anglo-conformity*, es decir, la asimilación a la cultura anglosajona. El *melting pot*, a diferencia de la asimilación, no asume que la cultura mayoritaria tiene más validez que la minoritaria; propone que la cultura nacional sea una especie de crisol en donde se conjuguen las contribuciones de todos los sectores que lo conforman (Malgesini y Giménez 50). A la larga, implica también la pérdida de una o varias culturas para dar paso a una sociedad homogénea.

El pluralismo es diferente de estos modelos en tanto valora positivamente la diversidad sociocultural y proclama que ningún grupo está obligado a abandonar su propia cultura o identidad. Por el contrario, la asimilación y la fusión ven en la diversidad un problema o un mal del que sufre una nación y afirman que lo deseable es la homogeneidad cultural. En su defensa, afirman que en una sociedad homogénea las

minorías no serán discriminadas. La historia se ha encargado de demostrar que la homogeneización cultural no soluciona el problema de la discriminación, lo que hace necesario buscar respuestas más imaginativas y eficaces.

La ideología pluralista afirma la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedades, grupos o comunidades étnica, cultural, religiosa, lingüística o jurídicamente diferentes⁹. Ve en la diversidad cultural algo deseable y busca que se garantice el espacio para la práctica de las tradiciones propias, al tiempo que asegura que las distintas culturas se enriquecen en la interacción. De tal forma, el pluralismo es contrario a una preservación aislada de las culturas. Su objetivo es la interacción cultural en un proyecto común en el que todas participen en un pie de igualdad. Así, pluralismo e interacción son dos conceptos íntimamente conectados que encuentran su fundamento en el respeto cultural y en la igualdad de derechos.

El pluralismo afirma que la armonía en una sociedad diversa es posible, pero esa armonía no debe basarse en la similitud sino en el respeto a las diferencias. La asimilación cultural no es, a los ojos del pluralismo, una tendencia inevitable, sino histórica. La condición para alcanzar la armonía social no es la homogeneidad sino el diálogo entre las diversas culturas. El diálogo en una sociedad pluralista abre la posibilidad de que las culturas se evalúen las unas a las otras, siempre y cuando no partan de una concepción absolutista o universalista de la realidad.

El objetivo de ese diálogo no es el de buscar –probablemente sin resultados– valores y normas absolutos, sino valores y normas compartidos por todos, acuerdos mínimos en cuestiones de interés común. Por lo tanto, el pluralismo tiene como presupuesto el reconocimiento de que los miembros de otras culturas son también sujetos racionales tanto para darse sus propias normas como para llegar a acuerdos respecto a los mínimos indispensables para una interacción transcultural.

De lo anterior se sigue que la idea de pluralismo está íntimamente conectada con la de tolerancia. Sin embargo, pluralismo tampoco es sinónimo de tolerancia, es *más* que tolerancia. Como explica Sartori, “históricamente, el concepto de pluralismo se desarrolla a lo largo de la trayectoria que va desde la intolerancia a la tolerancia, de la

⁹ Este concepto ha sido adaptado de la definición por Graciela Malgesini y Carlos Giménez en la “Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad”, pp. 323.

tolerancia al respeto del disenso y después, mediante ese respeto, a *creer en el valor de la diversidad*' (27); la diferencia entre pluralismo y tolerancia está entonces en que la tolerancia *respet*a valores ajenos, mientras que el pluralismo *afirma* un valor propio. Para el pluralismo, la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y a su comunidad (19).

Más allá de respetar los distintos puntos de vista del resto, se trata de aceptarlos como válidos y, al mismo tiempo, valiosos, para sólo entonces criticarlos o cuestionarlos. En otros términos, la crítica y el cuestionamiento tienen un espacio en el pluralismo, pero requieren de ese primer reconocimiento de validez, de esa afirmación. La tolerancia muchas veces ha sido comprendida como una concesión unilateral del grupo dominante, que en cierta forma se reserva el derecho de no tolerar al otro. No es esta la tolerancia en la que se fundamenta el pluralismo, sino más bien en una tolerancia respetuosa, concebida como actitud y como valor al mismo tiempo.

Ahora bien, una crítica común al pluralismo ha consistido en asociarlo con un extremo relativismo para el cual todas las posturas son válidas. Ciertamente, "el modelo pluralista sostiene que hay una diversidad de puntos de vista, de formas legítimas de conocer e interactuar con el mundo y de concebir lo que es moralmente correcto. Pero de eso no se sigue que todo esté permitido" (Olivé 19).

El pluralismo no afirma un relativismo extremo, ni una indiferencia pragmática. Es, sin duda, una idea contraria al absolutismo según el cual existe un único punto de vista legítimo y verdadero. En ese sentido, el pluralismo se aleja totalmente de la tendencia asimilista, según la cual son los grupos minoritarios los únicos que tienen que adaptarse y cambiar para formar parte de la cultura dominante, aquella dueña de la razón y la virtud. Y sin embargo el pluralismo requiere crítica y autocrítica, y por tanto no puede confundirse con un relativismo cultural extremo ni puede concebirse como un pluralismo axiológico que no admite cuestionamientos a los sistemas de valores. La oposición al absolutismo no implica necesariamente una posición relativista que raye en la indiferencia a los distintos puntos de vista que puedan existir, y tampoco excluye la posibilidad de criticar o adoptar una posición frente a los distintos valores.

El modelo pluralista se aleja del relativismo extremo, proponiendo un relativismo cultural entendido únicamente como la capacidad de considerar las creencias y

costumbres de los otros pueblos desde el contexto de su cultura más que desde la propia. Es entonces un concepto opuesto al de etnocentrismo en tanto tendencia a juzgar las costumbres de otras sociedades de acuerdo a los estándares de la cultura propia (Malgesini y Giménez 369). Para el relativismo extremo, todas las formas de cultura son diferentes y por tanto ninguna de ellas puede pretender estar más cerca de la verdad absoluta. Lo que propone el pluralismo es analizar las diferentes sociedades sin usar los valores de una para juzgar el mérito o descrédito de la otra, sino ubicándonos en el contexto cultural de dicha sociedad. En este sentido, el pluralismo propone un relativismo moderado, sólo en tanto éste es un requisito *sine qua non* para poder comprender al *otro*.

Los párrafos anteriores evidencian que ser pluralista no es lo mismo que ser plural, pues el pluralismo es un concepto con mucho más contenido, que implica un tipo específico de estructura social en donde se valora la diversidad cultural, se defiende el derecho a la diferencia, y con él el derecho al propio Derecho, todo ello en un marco de respeto a los Derechos Humanos.

La propuesta de pluralismo cultural tiene, en síntesis, dos fundamentos esenciales. Primero, la aceptación de las diferencias culturales y su valoración positiva y, segundo, el reconocimiento general de la igualdad de derechos y deberes (Malgesini y Giménez, 325-326). Así las cosas, el pluralismo exige no sólo el respeto del otro sino también un marco común donde los distintos grupos convivan en igualdad de derechos.

En una sociedad pluralista que busca la interacción, los derechos fundamentales adquieren su significado. “El modelo pluralista sostiene que debe llegarse a un acuerdo en función del cual los derechos individuales, digamos los Derechos Humanos básicos reconocidos nacional e internacionalmente, sean respetados por todos los grupos, así como por el Estado. Entre las obligaciones del Estado no sólo está la de respetar, sino también hacer respetar esos derechos” (Olivé 105).

1. 1. DOS MALENTENDIDOS

a) EL MULTICULTURALISMO SEGREGACIONISTA

La definición del Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico que incluyó la Constitución de 1998 debe entenderse a la luz de la teoría del pluralismo, es decir,

como una declaración que promueve el interculturalismo y garantiza la interacción de diversas culturas dentro de un mismo Estado.

Sin embargo, desde la Asamblea Constitucional el reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado ha estado acompañado de temor y desconfianza por parte de quienes ven en el multiculturalismo una idea segregacionista que atenta contra la unidad del Estado¹⁰. Estos temores tienen su fundamento en la idea de que el multiculturalismo valora positivamente la diversidad, pero, llevado a sus extremos, puede convertirse en una fábrica de diversidad.

El multiculturalismo, como explica Sartori, es un proyecto que se dedica a hacer visibles las diferencias y a intensificarlas, y de ese modo llega incluso a multiplicarlas (123). Lo anterior se traduce, normalmente, en la creación de identidades fabricadas, forzadas, artificiales, producto de ese proceso que consiste en hacer visibles las diferencias. Más aún, el multiculturalismo puro es un concepto que se refiere a la coexistencia de distintos grupos nacionales o étnicos, pero no implica necesariamente interculturalismo, en el sentido de interacción e intercambio de los valores de esas distintas culturas.

El multiculturalismo entendido como suma o coexistencia (mas no convivencia) de culturas, se vuelve un concepto insuficiente y hasta peligroso. Por ello, la base teórica y filosófica para abordar las mencionadas reformas constitucionales debe ser el pluralismo. El pluralismo se distingue del multiculturalismo en que, aunque es también una visión del mundo que valora positivamente la diversidad, no es una fábrica de diversidad. Así, “el pluralismo se manifiesta como una sociedad abierta muy enriquecida por pertenencias múltiples, mientras que el multiculturalismo significa el desmembramiento de la comunidad pluralista en subgrupos de comunidades cerradas y homogéneas” (Sartori 127).

¹⁰ Más aún, arduo debate se instauró en la Asamblea Nacional *Constituyente* sobre si al texto de este artículo debía o no agregarse la palabra “plurinacional”. Aunque la Asamblea estuvo de acuerdo en que los pueblos indígenas tienen el derecho a autodenominarse nacionalidades, ciertos asambleístas consideraron que hablar de un Estado plurinacional podría prestarse a interpretaciones lejanas a su intención, lo que podría ser un peligro para la unidad nacional; otros argumentaron que este reconocimiento sería, más bien, una forma de evitar que, en el futuro, las nacionalidades reivindicaran, quizá con más violencia, su derecho a ser reconocidos como nacionalidad. Finalmente triunfó la primera posición. Acta Número 77, páginas 19-42.

b) LA ACCIÓN AFIRMATIVA

El pluralismo no sólo ha sido erróneamente asociado con el multiculturalismo como concepto segregacionista, sino que también hay quienes afirman que el pluralismo jurídico no es más que una nueva etiqueta para referirse a la "*affirmative action*" norteamericana. En verdad, estos conceptos son sustancialmente distintos. La acción afirmativa es un trato preferencial mientras que el pluralismo jurídico es más bien una política de reconocimiento, que por tanto tiene un alcance mucho mayor al del trato preferencial, apunta a distintos objetivos y posee una mayor base filosófica.

Difícilmente puedo expresar esta diferencia mejor que el propio Sartori, para quien "el objetivo de la *affirmative action* es borrar las diferencias que perjudican para después restablecer la *difference blindness* (la ceguera a las diferencias) de la ley igual para todos. Así pues, el objetivo sigue siendo el 'ciudadano indiferenciado'. Por el contrario, las diferencias que interesan a la política del reconocimiento no son diferencias consideradas injustas y, por consiguiente, a eliminar. Son diferencias injustamente desconocidas y susceptibles de valorar y consolidar" (Sartori 84).

La acción afirmativa es una política que señala diferencias, pero lo hace con el objetivo de borrar discriminaciones. El pluralismo, por su parte, diferencia para distinguir y diversificar, puesto que revaloriza las diferencias de los ciudadanos y pretende que el Estado sea sensible a esas diferencias.

1. 2. SOBRE EL PLURALISMO EN EL ECUADOR

El Ecuador, desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT y las reformas constitucionales que le siguieron, ha superado la orientación asimilista que regía anteriormente¹¹. Normativamente, al menos, ya no se busca la asimilación por parte de los pueblos indígenas a las normas y valores de quienes se creyeron (o se creen) portadores de la civilidad¹². Superar esta tendencia no puede significar, conforme se

¹¹ Véase Convenio 107 de la OIT

¹² Otros textos internacionales que se separan explícitamente de la tendencia asimilista son: (1) el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos según el cual los pueblos indígenas tendrán derecho a preservar, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento de asimilación y afirmando la obligación de los Estados de no adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación artificial o forzada, de destrucción de una cultura, o que implique posibilidad alguna de exterminio de un pueblo indígena (artículo 5); y (2) el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, que en su artículo 7 afirma que los pueblos

explicó anteriormente, una diversificación eternamente creciente, un abandono de los intentos por construir una sociedad común, o una renuncia del Estado a unificar en su seno a las diversas culturas que lo conforman.

Para que el reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural y jurídica no implique desintegración del Estado pero tampoco se limite a ser una mera declaración, debe darse en el marco de una sociedad pluralista en la que prevalezca “un marco jurídico orientado principalmente al respeto de la identidad de los pueblos aborígenes, sin perjuicio de promover su acceso sin discriminación económica al goce de las instituciones jurídicas, culturales y sociales existentes en los respectivos países de los cuales forman parte” (Díaz Garaycoa, 36).

Sin embargo, la existencia real y armónica de un Estado pluricultural y multiétnico presupone una sociedad abierta que crea en el valor del pluralismo. El reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad debe ir de la mano del reconocimiento, por parte de toda la sociedad, de que los pueblos indígenas son grupos sociales con racionalidad propia y con absoluta capacidad de participar, en igualdad de condiciones, en la sociedad plural. De igual forma, el Estado pluricultural y multiétnico también demanda que los pueblos indígenas reconozcan que existe un conjunto de normas mínimas que deben ser aceptadas de manera universal para lograr una convivencia pacífica. Se avecina entonces un largo proyecto de adaptación social, cultural, política y jurídica, que exigirá de sus participantes, indígenas y no indígenas, una constante y firme disposición al cambio.

2. LA FICTICIA ASOCIACIÓN ESTADO-NACIÓN

Para poder comprender mejor la idea de pluralismo, tanto cultural como jurídico, es preciso romper ciertos paradigmas que han guiado gran parte del pensamiento jurídico actual. Uno de esos paradigmas es la idea del Estado-Nación.

Se entiende por nación a una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres, poseedora de un acervo histórico común y de un común destino nacional (Borja). Cuando la nación y la identidad

indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de: d) toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo.

nacional coinciden en un determinado territorio y en una determinada organización institucional, jurídica y burocrática, nos encontramos frente a una Nación-Estado.

La ilusión de que a toda nación, un Estado, a todo Estado, una nación, resulta lejana a cualquier realidad histórica. Empecemos por recordar que la palabra nación no siempre estuvo vinculada a la palabra Estado; más aún, su significado es distinto. Como explica Villoro, la nación se refiere a un ámbito compartido de cultura. Pertenecer a una nación "es asumir una forma de vida, incorporarse a una cultura, hacer suya una historia colectiva. No son la sangre, ni la raza o el lugar de nacimiento los signos de pertenencia; tampoco la adscripción política, sino la integración a una identidad cultural" (Villoro 15).

La nación, así entendida, no siempre coincidió con el Estado como aquella unidad de poder organizada sobre un territorio determinado, con un orden jurídico unitario, una competente jerarquía de funcionarios públicos, un ejército permanente, un régimen político y los demás elementos definitorios que cada autor le agrega a este concepto.

La idea de identificar la nación con el Estado corresponde a un momento preciso de la historia occidental. Fue una tesis introducida en la época revolucionaria en Francia, mediante la cual los publicistas afirmaron que las prerrogativas de las cuales el Estado es sujeto no son otras que los derechos y los poderes de la nación en sí misma (Naranjo Mesa 102). Fue así como en el siglo XIX se fueron concretando los Estados-Nación europeos, caracterizados por centralización política, homogeneización cultural a través del idioma y la instrucción, y por un solo sistema normativo. De tal forma, el período de formación del Estado-Nación en Europa se caracterizó por políticas de homogeneización lingüística, cultural, y en muchos casos, religiosa. A pesar de estos intentos, la concurrencia de la nación y el Estado es un fenómeno ausente en la mayoría de países del mundo. Así, España y Canadá, entre otros, son Estados con una multiplicidad de nacionalidades. Los Kurdos son una nación dividida en varios Estados, y los palestinos una nación sin Estado. Tan es así que resulta difícil imaginar un Estado que coincida con una unidad nacional.

Además de ser el Estado-Nación una idea apartada de la realidad fáctica, faltan razones y fundamentos válidos para afirmar la necesidad de que todo Estado coincida con una nación. Lo que es más, el Estado y la nación cumplen distintas funciones en la sociedad. Como explica Luis Villoro: "pertenecer a una nación es parte de la identidad

de un sujeto; pertenecer a un Estado, en cambio, no compromete una elección de vida” (18). En la pertenencia a un Estado encontramos sumisión a un sistema normativo, pero no necesariamente identificación con una cultura o un estilo de vida.

Por otro lado, podríamos decir que sobran razones para afirmar que la búsqueda de una homogeneidad cultural distintiva se traduce muchas veces en una identidad arbitraria en la cual los grupos autoritarios definen lo nacional. Lo propio puede decirse del Ecuador donde, al igual que en el resto de América Latina, el Estado-Nación fue siempre, en mayor medida, el proyecto político de una minoría que una realidad. Así lo afirma también Agustín Grijalva, para quien el Estado ha ejercido sobre los pueblos indígenas una suerte de colonialismo interno (2).

“El Estado moderno nace con una tensión interna entre el poder central que intenta imponer la unidad y los pueblos diversos que componen una realidad social heterogénea. El poder estatal ha tratado de eliminar esa tensión de maneras más o menos radicales, pero siempre violentas. Desde la exterminación de pueblos enteros (como en Estados Unidos), su reducción en ‘reservaciones’ o ‘ghettos’ (los judíos en Europa) o las deportaciones masivas (como en la Rusia de Stalin), hasta formas de violencia disfrazada, como las políticas de integración forzada a la cultura nacional, tal como suelen practicarse en los países de América Latina” (Villoro 80).

El intento de construir un Estado-Nación que desconozca la existencia de las distintas nacionalidades que lo conforman conduce, paradójicamente, al debilitamiento del mismo Estado que se busca fortalecer. Si un Estado escoge negar la existencia de distintas nacionalidades a su interior y su derecho a autodeterminarse, es lógico suponer que esas naciones buscarán reivindicar para sí un Estado propio, produciendo un proceso de desintegración acelerado y abrupto.

Quizá la explicación de la reivindicación de autonomías dentro de varios Estados latinoamericanos se encuentre justamente en la forzada y a la vez extraña idea del Estado-Nación. El esquema de una comunidad nacional se ha ido debilitando y es preciso replantearse la noción del Estado para frenar a tiempo esta tendencia desintegradora. En el siglo XXI el Estado-Nación no sólo resulta demasiado pequeño para hacer frente a los problemas globales sino también demasiado grande para que todas las nacionalidades que lo conforman se sientan definidas en él. Ante esta situación, “tenemos que diseñar un

nuevo tipo de Estado que respete nuestra realidad y termine con el alocado intento de imponer por la violencia un esquema pretendidamente racional. Tendría que ser un Estado respetuoso de todas las diferencias. Sería un Estado en que ningún pueblo, ni siquiera el mayoritario, impondría a otros su idea de nación. El Estado plural no renunciaría a la modernización del país, si por ella se entiende progreso hacia una sociedad más próspera y más democrática. Pero la modernidad deseada no consistiría en la destrucción de las estructuras locales y su supeditación a las fuerzas ciegas del mercado mundial, sino en la participación activa de todas las entidades sociales en un proyecto común de cambio . . . El adelanto hacia un Estado plural es, así, una vía hacia una democracia radical” (Villoro 48).

Vale aclarar en este punto que abandonar la idea del Estado-Nación para reemplazarla por la de un Estado plural, implica un nuevo modelo de sistema jurídico y social dentro del Estado. Mas esta innovación no significa que desaparezca el Estado como estructura política llamada a mantener la paz y el orden y como espacio en el cual todas las culturas tienen condiciones para vivir su diversidad. El objetivo que persigue el pluralismo no es la desaparición del Estado ni menos el regreso a una sociedad medieval en la que “por encima de los que hoy son los Estados nacionales, había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios” (Bobbio 9) que no tenían ningún espacio de diálogo y articulación de consensos mínimos.

Al contrario, el pluralismo persigue un cambio radical en cuanto a la forma cómo concebimos el Estado. Éste debe seguir siendo el depositario de la libertad que le ceden los individuos a su interior, y también el encargado de poner límites a la libertad de los ciudadanos. Pero esos límites deben buscar una igual limitación de la libertad, y no una limitación más estricta a las minorías. Esos límites deben además ser el producto de acuerdos alcanzados, en posición de igualdad, por los diferentes miembros de la sociedad pluralista.

El Estado es el marco político y jurídico necesario para la existencia de una sociedad plural en donde todas las minorías puedan existir, se comuniquen, y se pongan de acuerdo. Es también el lugar en el que las distintas comunidades culturales reales deben unirse para participar del poder en igualdad de oportunidades, sin importar si son

mayoría o minoría. Es por esto que el Estado no puede sucumbir, pero para poder salir de la crisis en que se encuentra el Estado-Nación, debe adoptar un nuevo rol, reinventarse de acuerdo a las exigencias sociales de los tiempos.

El Estado plural no es ni pretende ser un modelo predeterminado, sino una estructura en constante construcción, cuya forma se construye a través del diálogo y la participación de todos en un marco de respeto y afirmación de valores culturales. En esta construcción, el rol del Estado es similar al de un mediador, que proporciona el espacio adecuado para el diálogo, pero que es ante todo imparcial, y no confunde sus intereses con los de un grupo social en particular ni tampoco con los de la mayoría. Debe dejarse de lado la idea de que el Estado representa valores superiores que aquellos de los individuos que lo conforman. No quiero decir con esto que lo que se requiere es un Estado absolutamente neutral e indiferente. Es evidente que el Estado debe tomar partido en muchas situaciones, garantizar los Derechos Humanos, y cumplir todas las obligaciones que le imponen la Constitución y la ley. Al Estado no pueden serle indiferentes un criminal o un inocente, pero no puede asumir como suya la definición de criminal que ha adoptado la cultura dominante.

Una concepción pluralista del Estado lo entiende como un espacio en el que las diversas culturas pueden participar de las decisiones en pie de igualdad y, por lo tanto, capaz de representar un acuerdo entre las diversas naciones que lo conforman y lo construyen. Sólo esta concepción del Estado nos permite hablar de una comunidad no como idea abstracta, como ocurre ahora, sino como un organismo viviente, donde todos tienen un sentido de pertenencia. Evidentemente, esto no significa aislarnos, dividirnos, para así poder pertenecer, sino más bien aceptar la diversidad a la que pertenecemos.

Antes del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución Política de 1998, el Estado ecuatoriano desconoció la heterogeneidad de la sociedad y trató de regular homogéneamente a todos a través de una única ley, supuestamente expresión de la voluntad general. A través de la ley intentó construir una nación que no coincide con las naciones históricas. Con la ratificación de este instrumento internacional y las posteriores reformas constitucionales, el Ecuador se ha reconocido como un Estado plural, y con esto ha reconocido las formas existentes de convivencia normativa que rigen a cada cultura. Se ha puesto en cuestión la noción clásica del Estado-Nación en la cual

“nación se entendía como un solo pueblo, una sola cultura, un solo idioma y una sola religión” (Yrigoyen 1999:129). La tesis de que a un Estado le corresponde un solo sistema jurídico, que existe una identidad Estado-Derecho, en los más estrictos términos del monismo jurídico, fue remplazada en la actual Constitución por la afirmación de la coexistencia de una pluralidad de nacionalidades dentro del mismo Estado (artículo 1), cada una con su propio sistema jurídico (artículo 191). Estas reformas convierten al nuestro en un Estado tolerante y dispuesto a afirmar el valor de las distintas cosmovisiones que existen en su interior.

3. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO

La Constitución de 1998 reconoce, como hemos visto, que dentro del Estado rige, además del Derecho positivo oficial, el Derecho consuetudinario indígena, cuyas normas y procedimientos podrán ser aplicados por las autoridades indígenas para la solución de conflictos internos (artículo 191). Este reconocimiento significa que, a los ojos de la Constitución ecuatoriana, los pueblos indígenas no sólo tienen costumbres, sino que esas costumbres constituyen un verdadero Derecho con vigencia plena dentro del Estado plural.

Ahora bien, la vigencia constitucional de este Derecho no escrito, consuetudinario, se enfrenta a la incuestionable orientación normativista del resto del régimen jurídico ecuatoriano. Se enfrenta también a los cuestionamientos de los juristas, que dudan sobre si las normas de los pueblos indígenas pueden o no considerarse jurídicas. Para poder afirmar, como lo hace la Constitución, que las normas indígenas constituyen un verdadero Derecho, hay que comprender qué es y qué no es Derecho.

El término Derecho ha sido definido de muchas y muy variadas formas, por lo que no me remitiré a ninguna de ellas en específico ni tampoco a las corrientes de pensamiento que intentan definirlo, sino que haré una corta reflexión sobre el Derecho como fenómeno social. El Derecho es una característica esencial del hombre que vive en sociedad, nace ante la necesidad de regular las conductas de quienes forman parte de un grupo. A través del Derecho, los miembros del grupo social tratan de hacer realidad determinados valores y metas comunes de conducta. Así, el Derecho se crea frente a las necesidades de cada cultura, necesidades que, forzosamente, serán distintas en cada una

de ellas. De ahí que el Derecho se circunscribe a cada una de las realidades históricas culturales.

El Derecho pertenece entonces al campo de la cultura, pero todavía resta diferenciarlo del resto de normas que rigen las culturas. Esta diferencia reside en la posibilidad de imponer las normas por la fuerza. Es la coercitividad lo que convierte a una norma cualquiera en una norma jurídica. El Derecho se impone sobre la voluntad del sujeto y así es entendido dentro del grupo social en el que rige. Es decir que, para que un mandato cultural sea Derecho, es necesario que los individuos tengan conciencia de su obligación de cumplirlo y, a la vez, de que el incumplimiento les acarrea sanciones administradas por una autoridad con plena legitimidad para hacerlo.

Lo anterior nos lleva a pensar que el Derecho es un fenómeno que no se restringe a definiciones que permiten delimitarlo desde posiciones extremas. No son Derecho sólo las normas con una validez intrínseca ideal –como afirmarían los más extremos iusnaturalistas- ni tampoco sólo aquellas emitidas por el poder público –según las conciben los positivistas. El Derecho nace de la costumbre y las leyes escritas no son más que una compilación de esa costumbre. La costumbre, para convertirse en Derecho, no requiere ser escrita ni sancionada por autoridad alguna, sino que requiere repetición y sobre todo reconocimiento de su obligatoriedad por parte del grupo social o el pueblo sobre el que está llamada a regir. Cumplidos estos requisitos, la costumbre pasa de ser una fuente secundaria de Derecho a ser Derecho mismo, con plena validez dentro de un Estado plural.

Los pueblos indígenas, para regir su convivencia y guiar el comportamiento de los miembros de su grupo, han creado normas mediante las cuales prohíben o permiten ciertas prácticas conforme sean o no deseables para su grupo. Estas normas no se encuentran escritas, pero en muchos casos se han traducido oralmente y los miembros de ciertos pueblos indígenas tienen plena conciencia de su existencia y su vigencia obligatoria. Dado que existen individuos que gozan de un reconocimiento social para exigir coactivamente el cumplimiento de dichas normas, éstas dejaron de ser regulaciones meramente sociales y se convirtieron en normas jurídicas que merecen ser garantizadas dentro del Estado plural. Toda norma que reúna estos requisitos podrá ser invocada por las autoridades indígenas al momento de administrar justicia para los conflictos internos.

Lo anterior implica un cambio conceptual fundamental respecto al significado de la costumbre y el Derecho, cuya relación no siempre ha sido pacífica en el Ecuador. “La costumbre es la más antigua de las fuentes del derecho, la primera en el orden histórico, rigió al hombre antes de que el Estado existiera como forma de organización política. La costumbre se caracteriza por no estar escrita y ser aceptada como Derecho por un pueblo o un grupo social” (Andrade 29). Pero esa aceptación ha revestido diversas formas.

En el Ecuador, durante la Colonia, se optó por reconocer los usos y costumbres de las autoridades indígenas. Sin embargo, este reconocimiento se dio bajo el supuesto de la inferioridad natural de los indios, únicamente dentro de sus pueblos y sólo para casos menores. El reconocimiento fue más bien parte de una política de segregación. Con la Independencia, se importó la ideología liberal y la noción del Estado-Nación, y se buscó asimilar a los indios dentro de la nación mestiza, desapareciendo poco a poco sus costumbres, forzándolos una homogenización cultural. Desaparecieron los regímenes jurídicos diferenciados, y también los Derechos indígenas. Las Constituciones anteriores prácticamente no mencionan a los indígenas y sólo reconocen como idioma oficial al castellano, como religión válida al catolicismo, y como legítimas únicamente a las autoridades estatales.

En el esquema del Estado-Nación y el monismo jurídico, el Estado tenía el monopolio de la ley y del uso de la fuerza. Cualquier norma que no proviniese del aparato estatal se denominaba “costumbre” y sólo era admisible a falta de ley expresa. En la actualidad, con el reconocimiento del pluriculturalismo cultural y jurídico que hace la Constitución, en el Ecuador se reconoce otro Derecho, que no proviene del oficial. El Derecho consuetudinario indígena ya no puede ser ignorado por el Estado¹³, ni tampoco puede ser admitido únicamente como fuente subsidiaria de Derecho. Se lo reconoce como verdadera fuente primaria, como ley. “La Constitución reconoce la validez del derecho consuetudinario indígena. Desde el punto de vista del Derecho oficial, entonces, se está ante un caso de pluralismo formal” (Wray, 2002:52). Evidentemente, este reconocimiento jurídico constituye un primer momento –muy importante por cierto- en la construcción de un Estado pluricultural, que señala hacia dónde debe orientarse el manejo

¹³ En cierta forma, el artículo 19 de nuestra Constitución constituye un reconocimiento de que el Derecho no nace únicamente del Estado.

de la diversidad cultural y jurídica existente. Sin embargo, para que el pluriculturalismo pueda ser vivido como una verdadera práctica social, resta todavía un proceso que en gran medida se aleja del mundo jurídico.

La afirmación del Derecho consuetudinario indígena como un Derecho válido dentro del Estado ecuatoriano implica cambiar muchas de las estructuras jurídicas tradicionales, las cuales deben adaptarse si pretenden aplicarse a un sistema tan distinto como es el Derecho consuetudinario. No puede pretenderse aplicar criterios que provienen del sistema jurídico occidental para determinar si una norma indígena es o no es jurídica. Como afirma Wray, "la determinación de las reglas de creación de normas en el derecho consuetudinario resulta relativamente compleja para quienes examinan el fenómeno con las categorías propias de un sistema basado en normas de origen predominantemente legislativo" (2002:51). En la cultura indígena no existe una clara división entre los mandatos culturales y los propiamente jurídicos, puesto que ambos se confunden en lo que ellos entienden por Derecho. Además, no existe en su cosmovisión la clásica división occidental del poder en tres funciones: ejecutiva, legislativa y judicial. Tampoco conciben una división entre el Derecho penal, el civil, el administrativo, etc. Entonces, para poder comprender el Derecho indígena y juzgar si éste es o no un sistema jurídico, es preciso apartarnos de los conceptos, nociones e instituciones clásicas del pensamiento jurídico occidental. Sólo así podremos afirmar, con certeza, que el Derecho consuetudinario indígena no es una mera ilusión de la Constitución ni de un Asambleísta, sino una verdadera realidad jurídica que, como toda manifestación cultural, merece respeto.

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE AL PLURALISMO JURÍDICO

A lo largo de este ensayo se ha sugerido que para que pueblos cultural y jurídicamente plurales puedan convivir armoniosamente dentro de un mismo Estado, es imprescindible que concuerden en límites mínimos e infranqueables. El espacio y el contenido de estos límites es proporcionado por los Derechos Humanos, que históricamente vinieron al encuentro del ser humano como destinatario último de las normas de protección jurídica, emergieron y se consolidaron como una reacción de la

conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos que frecuentemente eran convalidados por la ley positiva¹⁴.

Los Derechos Humanos son aquellos atributos inherentes a la dignidad humana que no pueden ser desconocidos ni violados por el poder del Estado. Por tanto, todo Estado está en la obligación de garantizar que éstos se cumplan y se respeten, y no puede permitir que existan normas que atenten contra estos derechos. En ese sentido, ni el Derecho oficial ni el Derecho consuetudinario indígena, pueden sobrepasar el límite impuesto por los Derechos Humanos.

Si el Estado ecuatoriano permitiese que las normas oficiales o indígenas atenten contra los Derechos Humanos, sería internacionalmente responsable. Esto en tanto el artículo 17 de su Constitución Política garantiza a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los Derechos Humanos establecidos tanto en la Constitución como en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. La obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos se encuentra plasmada también en varios instrumentos internacionales¹⁵ y goza además de un carácter *erga omnes*.

De manera general, puede afirmarse que son estas características de los Derechos Humanos las que los convierten en los límites más idóneos para posibilitar la convivencia de pueblos diversos en un mismo Estado. Pero para poder comprender el alcance de los Derechos Humanos como límites y posibilitantes de la sociedad plural, es necesario que reforcemos y clarifiquemos ciertos conceptos que se vuelven especialmente relevantes en este tema, tales como el derecho a la no discriminación, a la diversidad cultural, a la autodeterminación de los pueblos, y el concepto de los derechos colectivos.

¹⁴ Así lo ha manifestado el Juez de la Corte Interamericana de Derechos humanos Antônio Augusto Cançado Trindade en sus Votos Concurrentes a las Opiniones Consultivas n. 16 y 18.

¹⁵ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 1), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales.

4. 1. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Una de las objeciones más comunes al derecho de los pueblos indígenas a ejercer su propio Derecho, ha sido el considerar que este esquema es violatorio del principio de igualdad ante la ley y no discriminación puesto que plantea tratamientos jurídicos desiguales ante conductas similares. Trataré de demostrar que no es así.

Empecemos por recordar que la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos está íntimamente vinculada con los principios de igualdad y de no discriminación en tanto los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los Derechos y libertades sin discriminación alguna. Pero además, la no discriminación y la igualdad ante la ley son conceptos que también están vinculados entre sí de una forma inseparable, por lo que se convierten en un mismo principio. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los Derechos Humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Este Tribunal ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio” (Opinión Consultiva 18, párrafo 83). Se entiende que, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, el Estado está obligado a eliminar de su ordenamiento toda regulación discriminatoria, y además a combatir toda práctica discriminatoria.

La Constitución ecuatoriana ha consagrado este principio en su artículo 23, numero 3, que dispone que “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 otra índole”. Adicionalmente, numerosos tratados y convenios internacionales han reconocido el principio de igualdad¹⁶ y no discriminación¹⁷.

¹⁶ Entre los principales: Artículos 3.1 y 17 de la Carta de la OEA, Artículo 24 de la Convención Americana, Artículo II de la Declaración Americana, Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2.1 de la Declaración Universal.

Además de estar reconocido en varios tratados internacionales, la igualdad y no discriminación es un principio imperativo del Derecho Internacional general, aplicable a todo Estado, independientemente de que esté expresamente incluido en el texto de cualquier tratado internacional dado. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho Internacional general. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*” (Opinión Consultiva 18, párrafo 101).

La obligatoriedad de respetar la igualdad y de prohibir la discriminación ha quedado suficientemente probada. Resta ahora responder a la pregunta de si el reconocimiento del derecho indígena a su propio Derecho constituye o no una violación a este principio. Desde ya, debo decir que mi respuesta es contundentemente negativa. Me uno una vez más a lo señalado por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 18, donde se explica que existe una diferencia entre los términos distinción y discriminación (párrafo 84). Así, la distinción es admisible en tanto sea razonable, proporcional y objetiva. Por su parte, la discriminación es inadmisibles en tanto implica exclusión, restricción o privilegio no objetivo ni razonable, y por lo tanto violatorio de los Derechos Humanos. La discriminación se da cuando se considera superior a un determinado grupo y se lo trata con privilegio, o cuando se considera inferior a determinado grupo y se lo trata con hostilidad o se le niega el goce de derechos que sí se les reconocen a otros (Opinión Consultiva 17, párrafo 45).

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos humanos, artículos 2 y 7; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2(1) y 26; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2-3; Convención Americana sobre Derechos humanos, artículos 1(1) y 24, entre otras

Una distinción sólo es discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable. En este sentido, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 17, explicó que no hay discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (párrafo 47).

En este orden de ideas, la distinción que la Constitución ha recogido, en el sentido de permitir a los pueblos indígenas aplicar sus propias normas para resolver sus conflictos internos, no sólo que tiene una justificación objetiva y razonable, sino que es constitutiva de la dignidad humana. El propósito y los efectos de este reconocimiento constitucional justifican el trato desigual en tanto, como veremos más adelante, constituyen una manera de garantizar el derecho a la diversidad cultural y a la autodeterminación de los pueblos. Así, la distinción no tiene por objeto ni por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sino precisamente reconocer este goce y ejercicio por parte de los pueblos indígenas.

Es más, me atrevo a afirmar que el ordenamiento jurídico previo al Convenio 169 y a las reformas constitucionales que le siguieron, contenía un tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, a quienes se les había negado el derecho a manifestar su cultura a través de la aplicación de sus propias normas –derecho éste que sí se reconoció a la sociedad dominante-. Y es que la discriminación puede ser racial, étnica, sexual, religiosa, lingüística, pero también ideológica, en el sentido de que un grupo (generalmente el dominante) se considera dueño de la verdad y la impone con fuerza normativa. La imposición normativa que rigió en el Ecuador antes de la vigencia del Convenio 169 fue, sin lugar a dudas, una forma de discriminación ideológica y cultural. La nueva tendencia no es sino una medida adoptada

por el Estado con el fin de revertir o cambiar una situación jurídica evidentemente discriminatoria existente a su interior, en perjuicio de un determinado grupo de personas: los indígenas.

4. 2. LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO DERECHO HUMANO

Se ha adelantado ya que la diversidad cultural es un derecho en el cual se fundamenta la necesidad de ciertos tratos desiguales, no discriminatorios. A través de la protección a la diversidad cultural se protege ese conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o a un grupo social. Es decir que no sólo se protegen las artes y las letras sino también, y de manera muy especial, los modos de vida, los sistemas de valores y las tradiciones de un grupo. Lo que es más importante, todas las personas y los grupos humanos tienen derecho, por igual, a que se respeten sus manifestaciones culturales.

La diversidad cultural no sólo es un valor sino que es un Derecho Humano, y por tanto debe ser protegido por el Estado. La protección a la diversidad cultural se consagró en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según el cual, en los Estados en que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a éstas, el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de sus grupos, a tener su propia vida cultural, a practicar y profesar su propia religión y a emplear su propio idioma. También el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el deber del hombre de ejercer, mantener y estimular la cultura por todos los medios a su alcance, porque la cultura es la más elevada expresión social e histórica del espíritu.

El derecho a la diversidad cultural afirma el derecho a la diferencia y, en este sentido, es constituyente de la identidad de cada ser humano. Así, el derecho a la diversidad cultural es, en principio, un Derecho Humano del que gozan los sujetos individuales. Pero para garantizar ese derecho a cada sujeto individual, es preciso que sea también un derecho del conjunto de personas que conforman su comunidad cultural. Es una condición que permite a cada pueblo vivir su identidad como grupo. Esta doble dimensión –personal y colectiva- del derecho a la diversidad se explica en tanto las personas son entidades sociales que se van formando por medio de sus interacciones con

otras personas, y que muchas veces no pueden entenderse fuera del contexto en el cual sus creencias toman forma.

La identidad de cada individuo se forja dentro de una cultura, y sólo puede ejercerse si el grupo humano al que pertenece tiene derecho a vivir su cultura en todas sus manifestaciones. Permitir la extinción de una comunidad cultural sería amenazar la identidad tanto del grupo como de los individuos que la conforman, por lo que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales se han preocupado de reconocer y de proteger todas las manifestaciones de la diversidad cultural, siendo el Derecho una de ellas.

En nuestro país, las reformas constitucionales de 1996 incluyeron ya el reconocimiento del Ecuador como un Estado pluricultural. Pero es en las reformas de 1998 donde la diversidad cultural adquiere una predominancia a lo largo de toda la Constitución. La intención de proteger de manera especial los valores culturales y sociales encarnados en las comunidades indígenas que aún subsisten en el país, se manifiesta de manera evidente tanto en las Actas de la Asamblea Constitucional como en la Constitución misma.

Al redactar la Constitución, los Asambleístas reconocieron que “hay colectividades indígenas que tienen su propia historia. Ellos reivindicán la continuidad con los habitantes que ocuparon estos territorios antes de que llegaran los españoles y son herederos de su cultura y de su idioma, y esto hace que sean una colectividad distinta del resto de los ecuatorianos. No lo podemos negar, debemos reconocerlo. Hemos reconocido además que es una colectividad que tiene su propia organización social y así lo hemos dicho en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a las que les hemos reconocido el derecho a llamarse nacionalidades; derecho que no podemos negarles en esta oportunidad. Hemos reconocido también, en otra parte de la Constitución, que estas comunidades tienen sus propias formas de relación económica que les hace distintos de las otras colectividades. . . No podemos negar sus costumbres. No podemos negar su idioma. No podemos negar los otros elementos que hacen de esta colectividad un grupo distinto del resto de los ecuatorianos”¹⁸.

¹⁸ Asamblea Nacional *Constituyente*. Acta número 77, página 26.

La valoración de la diversidad cultural no se queda únicamente en el preámbulo de la Constitución ni en su artículo primero. Señala el artículo tres de la Constitución Política del Ecuador que entre los deberes primordiales del Estado están el fortalecer la unidad nacional en la diversidad y el defender el patrimonio cultural del país. Profundizando en el reconocimiento al derecho a la diversidad cultural, al referirse a los Derechos Civiles, la Constitución afirma que el Estado reconocerá y garantizará a las personas el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, y en su artículo 62 se refiere a la cultura como patrimonio del pueblo y elemento esencial de su identidad. Establece también el deber del Estado de promover y estimular la cultura así como el conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. Asegura también que el Estado fomentará la interculturalidad, e inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas. Además de los deberes asignados al Estado, el artículo 97 de la Constitución establece que propugnar la unidad en la diversidad, y la relación intercultural, son un deber y una responsabilidad de todos los ciudadanos.

Con estas reformas, el Estado ecuatoriano se ha comprometido a respetar y garantizar la diversidad de culturas reconociendo que las manifestaciones culturales constituyen parte de la identidad de los distintos grupos. Ha comprendido que la diversidad cultural es parte integrante del concepto de identidad de la persona humana y de las colectividades, y sólo existe en la medida en que cada persona y cada pueblo tiene la posibilidad de escoger ser distinto.

El prefijo *pluri* de la palabra pluricultural nos dice que las culturas existentes son muchas y, además, diversas. Diversas son también sus formas de normar su convivencia pacífica y por eso también la Constitución validó jurídicamente el Derecho consuetudinario indígena, comprometiéndose a protegerlo.

Para limitar la vigencia del derecho a la diversidad cultural, se ha llegado a afirmar que los pueblos indígenas no tienen cultura sino, a lo máximo, folklore. Se ha buscado así menoscabar el derecho a la diversidad cultural de los pueblos indígenas. Sin embargo, esta teoría no tiene fundamento puesto que la cultura es una realidad universal. Quizá lo que podría llegar a afirmarse, y yo me niego a hacerlo, es que su nivel de

civilización, entendido como evolución sociocultural, es distinto al de otros pueblos. Aún así, es preciso anotar que cultura y civilización son dos conceptos totalmente distintos, y por ende la falta del uno no es igual a la falta del otro. La cultura es un complejo que incluye creencias y conocimientos, moral y valores, Derecho, costumbres y hábitos de ciertos individuos en cuanto miembros de un grupo, mientras que la civilización se refiere a la evolución generalmente tecnológica, económica y organizativa de dichos grupos.

Quienes no pueden tolerar la diversidad cultural han afirmado también que hablar del derecho a la diferencia en un mundo globalizado es un sinsentido. Personalmente considero que nada más lejano a la realidad que la idea de una cultura global. Ciertamente es que, en cuanto a valores, existe una tendencia dominante que se ha llamado occidental –aún cuando esta palabra es demasiado amplia para definirla– pero esta no ha borrado del mapa a todas las demás culturas que aún quedan y cuya existencia debemos afirmar. Sostener que el progreso de la humanidad va en una sola vía, que existe una única forma de vida que podemos llamar civilizada, que toda acción puede juzgarse bajo un mismo criterio de racionalidad, es abogar por el retorno de perniciosos nacionalismos extremos.

Esta actitud es, también, una cruel forma de etnocentrismo que se caracteriza por juzgar a las otras culturas desde la perspectiva de la cultura propia, partiendo del principio de que las costumbres conocidas son las únicas normales y aceptables, y las de cualquier grupo ajeno, extrañas y hasta inferiores. El etnocentrismo supone ver en la diferencia una jerarquía, puesto que implica partir del convencimiento de que lo propio es lo superior.

Afortunadamente, como se ha señalado en este acápite, en nuestro ordenamiento jurídico ya no queda espacio para ideas etnocentristas y excluyentes. Los avances constitucionales de 1998 constituyen un sólido paso hacia lo que deberá ser una verdadera vivencia de un pluralismo bien entendido y adecuadamente estructurado.

4. 3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHOS COLECTIVOS

Como se ha visto, el derecho a la diversidad cultural no sólo es un Derecho Humano individual, sino que es sobre todo un derecho de grupos. Como éste, existen

derechos que sólo pueden gozarse cuando se lo hace colectivamente. Por eso nacieron, frente a los derechos individuales, los derechos colectivos, como derechos de los que son titulares conjuntos u organizados de personas. Si el derecho a la diversidad cultural y el derecho a ejercer el propio Derecho nace en reconocimiento a un derecho colectivo, surge necesariamente la pregunta: ¿qué grupos son los sujetos de este derecho?

Para que las diversas culturas puedan ser sujetos colectivos del derecho a la diversidad cultural deben ser, en primer lugar, entidades colectivas singulares, distintas de otros grupos en su forma de vida social. Además de esta característica, lo más importante es que tengan una verdadera vivencia colectiva, que los miembros del grupo no conciban su existencia sino como parte de la comunidad (si tienen que abandonarla, por lo general, mantendrán diversos tipos de vínculos). De los pueblos indígenas puede decirse que son auténticas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que por medio de sus autoridades ejercen un control social sobre sus miembros. Además, su identidad colectiva se encuentra claramente expresada en sus tradiciones, prácticas, costumbres y normas. Son, por lo general, grupos con características propias que los diferencian del resto, y que tienen una alta cohesión social, por lo que podría concluirse que son sujetos de derechos colectivos. Sin embargo, existen otros grupos con estas características, lo que vuelve necesario precisar más cuáles son esas características históricas que hacen que un grupo pueda calificarse como un pueblo indígena.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT ofrece algunos elementos que son de gran ayuda al momento de determinar qué hace a los pueblos indígenas titulares de los derechos establecidos en este tratado internacional¹⁹. El primer elemento a considerar es un elemento histórico: los pueblos indígenas son aquellos grupos humanos que descenden de poblaciones que habitaban en el territorio y en la época de la conquista o colonización. Un segundo elemento a tener en cuenta es de orden cultural: son las características distintivas del grupo, así como la conservación total o parcial de sus propias instituciones sociales, culturales y políticas, lo que determina que sean considerados como pueblos indígenas. Por último, el Convenio incluye un elemento de diferenciación psicosocial: es la conciencia de su identidad indígena lo que cohesiona al

¹⁹ Para el análisis de estos elementos se seguirá de cerca el esquema que Alberto Wray utiliza en su artículo: "Justicia Indígena: sus límites constitucionales", (2002: 49)

grupo y le sirve para diferenciarse de otros y para relacionarse con otros. Se trata de que la cercanía y la pertenencia a una comunidad formen parte de la identidad de la persona y también de la identidad del grupo. "Por identidad de un pueblo podemos entender lo que un sujeto se representa cuando se reconoce o reconoce a otra persona como miembro de ese pueblo. Se trata, pues, de una representación intersubjetiva, compartida por una mayoría de los miembros de un pueblo, que constituiría un 'sí mismo' colectivo" (Villoro 65).

De tal forma que la definición de pueblo indígena como sujeto de derechos colectivos se aparta de lo meramente étnico y se basa más bien en criterios históricos y culturales. Pero en última instancia el criterio fundamental para realizar esta identificación es la propia conciencia de su identidad indígena. "La persona, en uso de su libertad y discernimiento es la que proclama su propia cultura, sin que se le imponga como estereotipo, para su marginación de la sociedad dominante, como fue el brazalete con estrella de seis puntas que estaban obligados a portar los judíos bajo el régimen nazi. Esto significa que al constitucionalizarse e integrarse en las legislaciones nacionales este Convenio, las leyes deben considerar la expresa manifestación de la persona sobre su pertenencia a determinada cultura, pueblo o comunidad indígena" (Serrano 16).

Los derechos colectivos no les son atribuidos a los pueblos indígenas en función de su estatus minoritario sino tomando en cuenta que son grupos distintos debido a la historia de su descendencia, a la conservación de sus instituciones sociales, culturales y políticas, y sobre todo a su autoconciencia de identidad indígena.

De manera coherente con esta realidad, la Constitución Política, en sus artículos 83 y 84, reconoce a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, como sujetos de derechos colectivos. "Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono

con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala”²⁰.

Cabe recordar en este punto que el ser sujetos de derecho colectivo no impide que los miembros de los pueblos indígenas gocen además de todos los derechos que se reconocen al resto de ciudadanos. Dado que los derechos individuales están íntimamente conectados con los derechos colectivos, no cabe hablar de una jerarquía entre ellos, ni afirmar que el bien colectivo debe estar por sobre el individual o viceversa. Los derechos colectivos no pueden separarse de los derechos individuales puesto que los unos no pueden existir sin los otros. Las personas son, en gran medida, construcciones sociales y, por tanto, la realización plena de sus intereses depende de su cultura y depende sobre todo del derecho de su colectividad cultural a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. En ese sentido, este nuevo sujeto, el colectivo, debe gozar también de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad. Los pueblos indígenas gozan del derecho a subsistir, no sólo desde un punto de vista biológico, sino que también su cultura grupal, que es lo que los define como sujetos de derecho colectivo, tiene derecho a mantenerse y perpetrarse en el tiempo.

4. 4. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

El derecho colectivo de los pueblos indígenas a vivir su diversidad cultural no puede estar completo si no va de la mano con su derecho a autodeterminarse. La autodeterminación de los pueblos es un principio en virtud del cual todo pueblo tiene derecho a determinar con plena libertad, sin injerencias, su condición política, y a proseguir su desarrollo económico, social y cultural. Conforme al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación. Por su parte, el artículo cuatro numeral seis de la Constitución Política afirma que el Ecuador, en sus relaciones con la comunidad internacional rechaza toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminación o segregación, reconoce el derecho de los pueblos a su autodeterminación y a liberarse de los sistemas opresivos.

²⁰ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-139 de 1996.

Aunque en un principio el derecho a la libre determinación fue concebido como un derecho de los Estados soberanos en sus relaciones internacionales, con el tiempo se ha reconocido que este derecho es aplicable también a los pueblos que habitan dentro de los Estados²¹. “El derecho a la libre determinación o autodeterminación no es atribuido a territorios o Estados sino directamente a los pueblos. No existe razón alguna para excluir a los pueblos indígenas del ejercicio de este derecho” (Ponce: inédito 1).

El derecho a la autodeterminación es una condición necesaria para que los individuos puedan disfrutar de todos los derechos fundamentales. Así como la identidad de los seres humanos está íntimamente vinculada con la identidad del grupo al que pertenecen, también el concepto de autonomía de los individuos tiene relación y debe extenderse al de las comunidades. En este sentido, la facultad de las comunidades para tomar decisiones colectivas se convierte en condición *sine qua non* para la autonomía de sus miembros. Así como las personas al interior de un Estado requieren de cierto nivel de autonomía, los grupos y comunidades que son constituidos por esas personas requieren determinarse libremente para construir su identidad. Si la comunidad no tiene cierto grado de libre determinación, no será capaz de definir su identidad y sus miembros no lograrán ser verdaderamente autónomos.

La Constitución de 1998 ha reconocido a los pueblos indígenas un cierto nivel de autonomía política y jurídica, en tanto estos pueblos gozan del derecho a elegir sus autoridades y a aplicar su propio Derecho. Sin embargo, esta autonomía debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, es decir, en pleno respeto de la Constitución y sólo en tanto se mantenga la unidad nacional. “De conformidad con el actual desarrollo del Derecho Internacional el derecho a la autodeterminación y su ejercicio no conducen necesariamente a adquirir la condición de

²¹ La libre determinación de los pueblos indígenas ha sido reconocida por el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que afirma: “Artículo XV Derecho al autogobierno: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, *inter alia*, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas. De manera similar, el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas afirma, en su artículo 3, que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Estado” (Ponce: inédito 1). La autonomía que reclaman para sí los pueblos indígenas es entonces una autonomía interna, que busca alcanzar el máximo grado de autodeterminación posible al interior del Estado.

Este reconocimiento nace de la comprensión de que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, por lo que para respetar esta autonomía, se vuelve preciso permitir a los pueblos indígenas la mayor conservación posible de sus usos y costumbres y de sus sistemas de generación de autoridad y de normas. De tal forma, el derecho a la libre determinación y a la máxima autonomía de los pueblos no implica una absoluta autonomía política sino un reconocimiento a la facultad de las personas y de los pueblos para darse sus propias normas dentro de un mismo Estado. Recordemos que el pluriculturalismo como proyecto tampoco proclama ni quiere lograr la independencia política o la soberanía absoluta de los pueblos dentro del Estado, ni pretende desintegrar al mismo. La intención tras la defensa del pluriculturalismo no es convertir a las comunidades indígenas en una suerte de regiones autónomas. Es más, los pueblos indígenas no han manifestado un deseo de ser Estados independientes. Lo que se busca, más bien, es que exista una verdadera articulación de los modos de convivencia de los distintos pueblos y culturas. Así, debe aplicarse el máximo poder de decisión posible de los pueblos, siempre que sea compatible con la unidad del país, y hasta el límite señalado por los Derechos Humanos.

Es preciso comprender que el mismo Convenio 169 es claro en el sentido de que el derecho a la libre determinación de los pueblos no implica crear un Estado propio dentro del Estado existente. Es por esto que el inciso 3 del artículo 1 del Convenio afirma que la utilización del término ‘pueblos’ “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. El objetivo del modelo pluricultural es posibilitar que las diferentes culturas crezcan y se fortalezcan en armonía y cooperación. En este modelo, el Estado debe ser el espacio necesario para que esto se convierta en realidad.

El esquema pluricultural busca, por tanto, dar a los pueblos indígenas el espacio suficiente para que puedan determinarse a sí mismos, y posibilitar a sus individuos realizar una elección de vida y así poder vivir su identidad y su diversidad al máximo nivel, pero siempre dentro de los límites que se imponen dentro de un Estado.

5. CRITERIOS QUE DEBEN GUIAR LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

De manera plenamente coherente con la actual tendencia internacional, el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana de 1998 reconoce y garantiza a los pueblos indígenas el derecho colectivo a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, así como el derecho a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. Es en este derecho colectivo donde encuentra su fundamento la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o Derecho consuetudinario²², establecida por el artículo 191 de la Constitución y también por los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT²³.

Vale decir que estas normas son plena y directamente aplicables ya que la Constitución es una norma jurídica de aplicación inmediata en virtud del artículo 18 numeral 3 de la Constitución según el cual los derechos y garantías determinados en ella y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. Adicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, los tratados ratificados por el Ecuador quedan incorporados al Derecho público interno y su jerarquía es, por lo menos, igual a la de la Constitución. Es una norma universalmente aceptada que un Estado que ha ratificado un tratado de Derechos Humanos debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Más aún, según la Convención de Viena, los tratados internacionales deben ser cumplidos de buena fe, y

²² Quizá haya influido en este reconocimiento el Informe sobre la situación de los Derechos humanos en el Ecuador realizado por la Comisión Interamericana de Derechos humanos que ya señaló, allá en 1997, que "la vida comunitaria indígena, y por lo tanto la viabilidad de la cultura indígena, dependen de la vitalidad de la organización del grupo social y, en muchos casos, de la activa implementación del derecho consuetudinario local ... El no reconocimiento ... por parte del sistema legal del Estado y de la administración pública ... contribuye al debilitamiento y eventual desaparición de las culturas indígenas".

²³ El inciso segundo del artículo 8 afirma que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias; mientras que el inciso primero del artículo 9 dispone que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

una parte no puede invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Ahora bien, tanto la norma Constitucional como las del Convenio 169 contienen importantes limitaciones. Según el Convenio, las costumbres e instituciones propias son aplicables sólo en tanto sean compatibles el sistema jurídico nacional y con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico o reconocidos internacionalmente. Por su parte, la Constitución dispone que, para ser aplicado, el Derecho consuetudinario no debe ser contrario a la Constitución y las leyes.

Evidentemente, existe un posible conflicto entre la necesaria aplicación de esta norma, por un lado, y sus límites, por otro. Y es que dichos límites podrían ser interpretados de forma tal que invaliden toda aplicación de la norma constitucional. En cierta forma, casi cualquier manifestación de la justicia indígena podría interpretarse buscando su incompatibilidad con los Derechos Humanos, o, lo que sería más fácil, encontrando una norma opuesta entre las numerosas leyes vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una interpretación en este sentido equivaldría a negar la aplicación del artículo 191 de la Constitución, olvidando que la interpretación de la Constitución es el proceso mediante el cual se indaga el sentido de una norma constitucional con el fin de *aplicarla*²⁴ y desconociendo la obligación de adecuar el Derecho interno a los tratados internacionales. “Resulta indispensable establecer cuáles serían los criterios que servirían para superar esas tensiones. Si no fuesen superables, la viabilidad de la justicia indígena quedaría anulada” (Wray 2002: 53-54). Es preciso buscar la forma de armonizar pero no de excluir la aplicación de todas y cada una las normas contenidas en la Constitución. Con esa premisa, me propongo encontrar criterios que guíen la interpretación de la Constitución con el fin de aplicar al máximo todas sus normas, sin que alguna de ellas se vuelva inaplicable.

Un primer punto que debe quedar en claro es que no cabe una interpretación constitucional en el sentido de que el orden jurídico oficial prevalece sobre el indígena o viceversa, puesto que dicha interpretación anularía la vigencia de uno de los dos. Coincido con el criterio de Alberto Wray en el sentido de que “estas son cuestiones que

²⁴ Así la define Pachano O, Fernando: “Apuntes sobre interpretación constitucional”. En *Iuris Dicio* #6, página 75 (las cursivas son mías)

no pueden dilucidarse mediante el reconocimiento de preeminencia total de uno de los dos órdenes en pugna: el oficial y el indígena. Si se opta por el primero, la justicia indígena quedaría limitada a los temas de derecho privado y sería letra muerta el artículo 9.1 del Convenio 169. Si se opta por el segundo, se quebrantarían principios que constituyen base fundamental de la convivencia social y se convertiría, igualmente, en letra muerta, la parte final del mismo artículo 9.1 que reconoce la preeminencia de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos” (2002: 54).

Ahora bien, si no cabe hablar de prevalencia entre el ordenamiento oficial o el indígena, cabe preguntarse por qué el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevalece sobre ambos. El Estado ecuatoriano, a través de su Constitución, se ha comprometido a garantizar, a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los Derechos Humanos. Pero todavía queda por clarificar por qué la Constitución extiende esa obligación a los pueblos indígenas. Como explica Alejandro Ponce, el Derecho Internacional como limitación al derecho de los pueblos indígenas “surge del propio reconocimiento que se da a la existencia de este derecho. En efecto, si el Derecho Internacional, como ordenamiento jerárquicamente superior al ordenamiento doméstico, es el que reconoce la existencia y vigencia del derecho y de los ordenamientos jurídicos indígenas, mal podrían dichos ordenamientos oponerse a este Derecho. Por otra parte, los propios pueblos indígenas, en los últimos años, han reconocido que la legitimidad de sus ordenamientos jurídicos está determinada por el reconocimiento mismo que se hace dentro del Derecho Internacional. Además, esta limitación no es exclusiva para los Pueblos Indígenas, por el contrario todos los pueblos y Estados se encuentran limitados, en cuanto al ejercicio de la potestad legislativa, por las normas mismas del Derecho Internacional” (inédito 1).

Dado que el Estado ecuatoriano y el Derecho Internacional han reconocido y se han comprometido a respetar como un Derecho Humano las particulares manifestaciones culturales indígenas, en forma recíproca los pueblos indígenas deberán también respetar aquellas normas universales que todos los seres humanos deberíamos compartir para vivir en sociedad, adaptando sus normas en cuanto éstas sean incompatibles a los Derechos Humanos. El derecho a la diferencia lleva consigo la obligación de las culturas a tener una disposición al cambio, sin perder por ello su identidad. Así como el Estado ha

aceptado modificar su normativa para reconocer los derechos de los pueblos indígenas, también el derecho indígena deberá reconocer aquellos mínimos indispensables que permitan la convivencia de su Derecho y de sus pueblos dentro del Estado ecuatoriano y dentro del marco de los mínimos universales de justicia a nivel global. Pretender que los pueblos indígenas vivan al margen de los Derechos Humanos universales sería una forma de continuar las prácticas de exclusión hacia ellos, y esta actitud pasaría de ser una distinción a convertirse en discriminación hacia los pueblos indígenas.

Si hemos encontrado en el Derecho Internacional el fundamento de los derechos de los pueblos indígenas, resulta que es ahí donde también encontramos sus límites. No puede pretenderse afirmar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aquello que nos sea favorable, y desconocerlo en cuanto a los límites que impone. Los límites a la aplicación del Derecho Indígena en un marco de pluriculturalidad son, entonces, los Derechos Humanos, pero no como una lista redactada desde una perspectiva occidental sino como un todo global que existe para limitar el ejercicio abusivo del poder. “La justicia, de la que los Derechos Humanos son sólo una expresión, es una exigencia mucho más honda y más profunda que lo que puede expresarse en Declaraciones” (Cortina 212).

Ahora bien, el problema de los Derechos Humanos es que están redactados desde una perspectiva completamente occidental, y la mayoría de instrumentos que los recogen están centrados en el individuo, por lo que no abordan el tema de los derechos colectivos. En la forma en que se encuentran redactados los Derechos Humanos, podrían incluso llegar a atentar contra manifestaciones culturales de los grupos humanos cuya cultura se aleja de los presupuestos occidentales. Esto es inaceptable: si la diversidad cultural es un Derecho Humano colectivo, el resto de Derechos Humanos tampoco pueden contradecirlo. Al parecer, nos encontramos frente a una posible contradicción entre derechos recogidos por la Constitución. Por un lado está el Derecho Humano a la diversidad cultural y, por otro, aquellos Derechos Humanos que podrían ser violados por las diversas manifestaciones culturales y por el Derecho como una de éstas.

La solución a estos posibles conflictos tampoco puede encontrarse en una jerarquía de derechos. Así como no cabe una interpretación de jerarquía y subordinación entre los dos sistemas jurídicos que ha reconocido la Constitución, tampoco cabe una interpretación jerárquica entre los Derechos Humanos que puedan entrar en conflicto,

favoreciendo a aquel que se considere más importante. Los posibles conflictos entre el Derecho Humano a la diversidad cultural y el resto de Derechos Humanos no pueden solucionarse con la prevalencia del primero frente a los segundos o viceversa. Una solución en este sentido se apartaría de la naturaleza jurídica fundamental de los Derechos Humanos, que es su integralidad. En caso de un aparente conflicto entre Derechos Humanos, se debe buscar la forma de aplicarlos todos. Los Derechos Humanos constituyen una unidad indivisible y están vinculados de forma tan estrecha que si no se los interpreta como una globalidad todos ellos pierden vigencia. “La protección del ser humano debe ser entendida en su globalidad, es decir, en su condición de individuo, de miembro del grupo social y como parte integrante e inseparable del grupo que le da la característica de ‘humano’. En consecuencia, la protección debe dirigirse a ello. Si se pretendiere dejar de proteger a esta globalidad, la protección sería ineficiente y se encontraría lejos de cumplir su objetivo” (Ponce: inédito 2).

De tal manera que, en el supuesto de un conflicto entre los derechos que directamente protegen al sujeto individual frente a los derechos del pueblo como sujeto colectivo, debe prevalecer una interpretación integral. No se trata de analizar si el Derecho Humano afectado por una sanción tradicional indígena merece mayor o menor protección que el derecho de la comunidad a aplicarla para mantener su identidad, sino de que ambos derechos deben aplicarse a plenitud. Entre los Derechos Humanos, entendidos como una globalidad, no hay lugar para conflicto o contradicción. En ese sentido, no estoy de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional colombiana, según la cual los límites a la justicia indígena únicamente deben referirse a aquello que es realmente intolerable, que viola lo que es máspreciado para la humanidad. Conforme a esta Corte, sólo en relación al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura existe un verdadero consenso intercultural, a lo que habría que añadir el derecho al debido proceso, en el sentido de que el juicio debe ser conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena²⁵. Esa sería una interpretación jerárquica y por tanto contraria a la integralidad de los Derechos Humanos, que es donde reside su fuerza vital.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 1996.

Siendo un Derecho Humano, la diversidad cultural no puede pretender menoscabar otros Derechos Humanos. Más aún, los Derechos Humanos son el marco indispensable al momento de garantizar una interacción armoniosa entre los grupos con identidades culturales plurales y dinámicas. Cuando existen culturas diferentes, cada una con su propia estructura de valores, es cuando más necesario se vuelve adoptar valores comunes que permitan el diálogo entre ellas. Dichos valores comunes son los Derechos Humanos, que deben ser respetados por la diversidad de culturas.

Para solucionar los aparentes conflictos entre los Derechos Humanos sin necesidad de caer en una interpretación jerárquica de éstos, lo que debe intentarse es una interpretación intercultural, que tenga siempre en cuenta las peculiaridades de la cultura al momento de aplicar una norma. “Es imperativo considerar los derechos fundamentales en sus particulares contextos culturales aplicando el relativismo moderado” (Trujillo, et al 36). Esto implica muchas veces un cambio radical en cuanto a los principios que guían nuestro pensamiento jurídico. Es preciso, por ejemplo, comprender que mientras la piedra angular de nuestro Derecho es el individuo o sujeto de derecho, el referente esencial del Derecho indígena es la familia e incluso la comunidad, pero no el sujeto. De la misma forma, las sanciones y el debido proceso deben ser vistos en un contexto cultural. Además, como bien advirtieron los asambleístas que redactaron la Constitución, en “los pueblos indígenas no existe la división de poderes al estilo occidental”²⁶. “La Asamblea tiene que ser consciente de que se está haciendo una reforma, y de que la reforma implica el cambiar una serie de prácticas, de convicciones y aforismos”²⁷. La interpretación cultural debe regir tanto para los hechos como para el Derecho.

Hemos considerado hasta este momento cómo deben interpretarse el artículo 191 de la Constitución y los artículos 8 y 9 del Convenio en cuanto establecen como límites a los Derechos Humanos. Pero estas normas imponen otro límite a la vigencia del Derecho consuetudinario indígena: las normas constitucionales. Para solucionar los posibles conflictos que puedan surgir de esta interpretación deberá aplicarse el principio de interpretación constitucional según el cual debe primar la unidad de la Constitución. Así, al interpretar las normas que garantizan la facultad de los pueblos indígenas de darse sus

²⁶ Asamblea Nacional *Constituyente*. Acta No. 40, página 42

²⁷ Asamblea Nacional *Constituyente*. Acta No. 64, página 62

propias normas de justicia, deberá aplicarse siempre la Constitución como un todo, buscando la validez de todas y cada una de sus normas, más no la preeminencia de unas sobre otras. No puede interpretarse la Constitución en contra de la Constitución, sus normas no pueden entenderse en el sentido de que unas contradigan a otras. El artículo 191 debe leerse en armonía con el resto de normas de la Constitución que consagran también la diversidad cultural, pero también con todo el resto de preceptos constitucionales. Cabe añadir que el artículo 18 inciso segundo de la Constitución determina que la interpretación que debe siempre prevalecer es aquella que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, sin determinar una jerarquía entre estos derechos.

Por último, nos resta interpretar la norma Constitucional en tanto establece que “las leyes” constituyen un límite a la aplicación del Derecho consuetudinario indígena. La Corte Constitucional colombiana ya ha trató este punto en la sentencia de tutela T-349 de 1996, afirmando que si bien la Constitución se refiere de manera general a ‘la Constitución y la ley’ como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. Una interpretación en el sentido de que el límite lo constituyen todas las leyes del Estado “llegaría al absurdo de vaciar la justicia indígena, desde el momento que todas las materias estarían contenidas en leyes oficiales. Por lo que más que la existencia de una jurisdicción independiente, se estaría dando origen a una jurisdicción subordinada” (Ramírez 69).

De tal manera que cuando el artículo 191 de la Constitución afirma que los límites a este derecho son ‘la Constitución y las leyes’, no puede significar que todas las normas con rango de ley constituyen el límite al derecho que constitucionalmente se reconoce. Esto reduciría el reconocimiento de la diversidad cultural a mera retórica. Pero existen dos razones adicionales para afirmar que los límites que deben observarse al momento de aplicar la justicia indígena no pueden buscarse entre el amplio enmarañado de leyes del país. En primer lugar, porque las leyes deben necesariamente adecuarse a las normas Constitucionales y al Convenio de la OIT, por ser un tratado ratificado por el Ecuador. Y en segundo lugar porque ésta fue también la clara intención de los asambleístas que redactaron la Carta Política, quienes manifestaron: “Lo que queremos es que a hora se

reconozca [el Derecho consuetudinario] a nivel de la Constitución precisamente. Y si eso contradice disposiciones del Código Civil, pues el Código Civil quedará reformado por este acto constitucional”²⁸. “Lo que reconozcamos también a lo largo de la Constitución en los distintos temas, necesariamente tiene que estar enmarcado dentro de la Constitución, y como ésta es la máxima ley, las leyes también tendrán que irse adaptando a lo que ya disponga la Constitución y armonizarse justamente con todo el ordenamiento jurídico”²⁹.

Los Asambleístas estuvieron conscientes de que “los derechos de los pueblos indígenas tienen que ver con toda la Constitución”³⁰, por lo que “el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación no sólo implica incorporar ‘un capítulo’ de temas indígenas, sino repensar toda la institucionalidad en función de dicho carácter, para que la Constitución realmente refleje y represente los derechos de todos en un contexto de diversidad socio-cultural” (Yrigoyen 2001). Así, es imprescindible que la normativa nacional se modifique para ser compatible con la nueva normativa constitucional e internacional. Por supuesto que resulta más cómodo afirmar que la norma constitucional es inaplicable en tanto contradice las leyes internas de la República. Sin embargo esa posición es intolerable desde el punto de vista jurídico.

En todo caso, al momento de ir adecuando las normas internas a esta nueva tendencia normativa hay que considerar que, en virtud del artículo 34 del Convenio 169, sus normas “son del tipo propositivo, es decir de las que determinan metas cuya consecución ha de procurar el Estado en forma paulatina y mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas concebidas a partir de la peculiar realidad interna, de manera que se produzca una gradual incorporación de las nuevas prácticas al sistema jurídico y a las políticas de cada país, respetando siempre los fundamentos de orden jurídico establecidos constitucionalmente” (Wray, 1998: 69).

Para concluir, considero absolutamente ilustrativo, y por tanto indispensable, ver cuál es el tratamiento que le ha dado la Corte Constitucional de Colombia al tema de la interpretación constitucional de las normas que establecen el derecho indígena a regirse por su propio Derecho. La Corte Constitucional colombiana ha llegado a definir de

²⁸ Asamblea Nacional *Constituyente*, Acta No. 60, página 74.

²⁹ Asamblea Nacional *Constituyente*, Acta No. 64, página 59.

³⁰ Asamblea Nacional *Constituyente*, Acta No. 40, página 14.

manera clara las reglas de interpretación que deben aplicarse para interpretar los posibles conflictos de la aplicación de órdenes jurídicos diversos en la sentencia T-254 de 1994, según la cual “1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”. Conuerdo con el criterio de esta Corte excepto en los puntos en que pretende establecer una jerarquía de derechos, cuando lo que debe buscarse es su aplicación integral.

En todo caso, considero sumamente interesante el criterio amplio y respetuoso de la diversidad cultural que ha regido las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, apartándose muchas veces derecho positivo estricto. Uno de los pilares de la doctrina constitucional colombiana a este respecto es que la autonomía de los pueblos indígenas debe ser maximizada para asegurar su supervivencia cultural. El criterio que aplican es el principio de maximización, el cual se fundamenta en la idea de que “la permanencia de un grupo como diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores . . . El reconocimiento y la protección de estas prácticas es vital para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Este reconocimiento y protección se dan a través del derecho de los pueblos indígenas para administrar justicia según sus propios usos y costumbres” (Sánchez).

segunda parte

JUSTICIA INDÍGENA EN UNA SOCIEDAD PLURAL

1. UNA REALIDAD CONTROVERSIAL

En el Ecuador, de hecho, se practica la justicia indígena. A pesar de la miopía que caracterizó a la legislación ecuatoriana previa al Convenio 169, lo cierto es que en el Ecuador han existido dos sistemas jurídicos materialmente vigentes. Diversas investigaciones antropológicas, sentencias escritas, y hasta notas de prensa, dan fe de la innegable existencia de diversas culturas en el Ecuador, cada una de ellas con un sistema de Derecho propio, aún cuando ese Derecho no puede ser entendido partiendo de conceptos jurídicos tradicionales. Son varios los pueblos indígenas del Ecuador que se han resistido al colonialismo jurídico y han escogido vivir sus propias tradiciones y costumbres, otorgando a sus propias autoridades la facultad de volver exigibles esas tradiciones.

El Convenio 169 y la Constitución, al reconocer el Derecho consuetudinario indígena, no han creado nuevos sistemas jurídicos, sino que únicamente han reconocido su existencia. Estas normas no han creado un caos jurídico sino que han venido a ordenar la existencia de dos sistemas jurídicos que hasta ahora han coexistido, ahora sí cabe decirlo, en caos. Así lo entendieron también los asambleístas al momento de redactar la Constitución. Ellos advirtieron que “ahora mismo ya se están resolviendo conflictos en el país como se lo hizo desde antes de la conquista por procedimientos consuetudinarios, con un Derecho consuetudinario que existe, que sólo lo estamos reconociendo. . . Pero este Ecuador ha vivido a espaldas de ello”³¹. En este sentido, las normas internacionales y constitucionales no han hecho más que regular una realidad social que no se puede aniquilar, y proponer que se establezcan mecanismos de limitación y de coordinación.

Sin embargo, frente a los logros normativos de los pueblos indígenas, que, por cierto, deben ser vistos como logros normativos de toda la sociedad, pues tienen la

³¹ Asamblea Nacional *Constituyente*, Acta No. 60, página 73.

potencialidad de posibilitar a futuro una fuerte y beneficiosa cohesión social, ciertos sectores reaccionarios de la clase dominante se encuentran preocupados y se sienten invadidos. Y es que a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y las reformas constitucionales que le siguieron, los pueblos indígenas dejaron de ser vistos, al menos jurídicamente, como objeto de asimilación o integración. Por el contrario, se garantiza su derecho a la participación y a la autonomía interna. En el nuevo esquema, prácticas de justicia indígena que se habían considerado no sólo ilegales sino también repulsivas, hoy se han convertido en un derecho.

Ciertamente, el ejercicio de la justicia indígena plantea ciertas cuestiones puntuales que son extremadamente controversiales, que chocan e irritan, sobre todo porque se enfrentan a las más íntimas pasiones y valores o desvalores, inculcados desde siempre. En efecto, frente al reconocimiento oficial de la justicia indígena, la reflexión jurídica se ha despertado, y no han faltado esfuerzos para limitar y también para extralimitar su aplicación. Las líneas que vienen a continuación pretenden, a partir de los conceptos y fundamentos expresados en la primera parte del ensayo, constituir una pauta que pueda utilizarse al momento de tratar los supuestos conflictos que plantea la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, intentando conservar los límites máximos y mínimos que plantean las teorías del pluralismo y de los Derechos Humanos.

2. CUESTIONES -APARENTEMENTE- CONFLICTIVAS

2.1. ¿EXISTE UNA JUSTICIA PROPIAMENTE INDÍGENA?

Antes de indagar sobre las particularidades de la aplicación de la justicia indígena es preciso reflexionar si ésta en verdad existe. Se ha llegado a afirmar que es un sinsentido hablar de una justicia indígena o de un de Derecho consuetudinario indígena pues nada queda ya de lo puramente indígena. Desde el sombrero hasta el látigo, lo español se hace presente en la cultura indígena. Si no queda nada propiamente propio – valga la redundancia- entonces nada queda por reivindicar, manifiestan algunos.

Claro está que “si se realizara una estratigrafía, a la manera de un corte arqueológico, para conocer las huellas respecto de la organización política y jurídica de este pueblo, posiblemente se podrían deducir elementos que ellos definieron en tiempos prehispánicos, otros, de los que se apropiaron en el contacto con otras sociedades

indígenas y que adaptaron con mayor coherencia a su sistema, y aquellos que les fueron impuestos desde la sociedad hegemónica tanto en el ámbito nacional como internacional, y que de tanto ser obligados a usarlos se volvieron costumbre” (Sánchez). En concordancia con lo anterior, Stavenhagen explica que en América Latina la subordinación de los pueblos indígenas al Estado colonial, primero, y a las repúblicas independientes, después, modificó profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo las costumbres jurídicas (34).

Y sin embargo, “nada más erróneo que la idea simple y simplista que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas ‘ancestrales’ que se han mantenido inmutables desde la época precolonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también contendrá otros de origen colonial y otros más que hayan surgido en la época contemporánea. En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas” (Stavenhagen 34).

Recordemos una vez más que el Derecho pertenece al ámbito de la cultura, y que la cultura es una forma de interpretar la realidad que se aprende y que se transmite, pero para que sobreviva, se vuelve preciso que tenga capacidad de adaptación. La cultura es una forma de responder a los entornos sociales y naturales. Para ser funcional debe cambiar y adaptarse a los nuevos contextos. Por supuesto que la resistencia puede ser un elemento importante en muchas culturas, pero la misma importancia tiene su dinamismo y apertura al cambio. El hecho de que existan elementos “extraños” dentro de la cultura indígena actual no significa que se haya perdido su identidad, sino que en muchos casos ha sido necesario un cambio para poder subsistir. Como explica la perito de la Corte Constitucional colombiana, Esther Sánchez, los indígenas son también una invención permanente de identidad. Su identidad no puede ser inmanente o estática, son una sociedad y por tanto deben ser también tratados como seres en devenir (Sánchez). ¿De lo contrario, cómo, puede pretenderse que la cultura indígena sobreviva en una sociedad dinámica? Una vez que estos elementos han sido internalizados como parte de su cultura, no son menos propios que lo “autóctono”.

Así como ha cambiado cultura de los pueblos indígenas, internalizando elementos de otras culturas, también el Derecho indígena está impregnado de elementos jurídicos pertenecientes a otros sistemas. Si se revisa, por ejemplo, la sentencia emitida por la Asamblea General de la Organización Unocic³², en la cual se resolvió el caso de la muerte de un comunero de La Cocha, encontraremos que esta sentencia utiliza expresiones como “implicados”, “antecedentes”, “en uso de sus facultades”, “acta”, entre otras. Ciertamente, estas expresiones nos recuerdan tanto la colonia como el lenguaje jurídico oficial actual. Estas palabras nada denotan de lo auténticamente indígena, pero no por eso dejan de ser parte de su cultura y de su Derecho. Son elementos que se han internalizado como propios.

Evidentemente, el Derecho consuetudinario indígena no contiene un conjunto intacto de normas incásicas. Contiene una variedad de prácticas actuales en las que se descubre la historia de los pueblos indígenas desde sus inicios hasta la actualidad. Vistas las cosas desde esta perspectiva, el Derecho indígena existe y, en virtud de la norma constitucional del artículo 191, sus normas y procedimientos de solución de conflictos deben aplicarse. Algunas de las tradiciones de los pueblos indígenas son copiadas, otras apropiadas, y otras impuestas, pero en la medida en que éstas hayan sido internalizadas, se vuelven tradicionales. Como comunidades no estáticas, las comunidades indígenas se ven obligadas a crear Derecho y es de esperar que así lo hagan para lograr el equilibrio que ha sido históricamente resquebrajado. Si entendemos el Derecho indígena en la forma señalada, del derecho colectivo de los pueblos indígenas a regirse por sus propias normas necesariamente nacerá todo un nuevo Derecho y una nueva jurisprudencia.

Es preciso comprender que la identidad de un pueblo no sólo comprende un legado de ideas y valores consensuados sino también de criterios para cuestionar esos valores y transformarlos. Es de suponer y esperar que cada pueblo cuente también con una “moral crítica” que le permita reinterpretar sus costumbres jurídicas e integrarlas en proyectos de vida colectivos. Pretender que las características autóctonas indígenas se preserven intactas sería inhumano e irreal, y sería contrario al derecho de libre determinación, conforme al cual los pueblos pueden mantener al máximo su capacidad de

³² Unión de organizaciones y comunidades indígenas de la Cocha, conformada por trece comunidades indígenas.

decisión autónoma. Si tienen derecho a determinarse libremente, los pueblos indígenas pueden tomar también la decisión de elegir el cambio.

La asimilación, por parte de los pueblos indígenas, de una serie de costumbres y normas jurídicas ajenas, es ciertamente un problema histórico. Pero esta cuestión es irrelevante al momento de decidir si aceptar o no una determinada cultura como válida, su facultad de autodeterminarse y su derecho a ejercer su propio Derecho. Además, lo que llevó a reconocer el Derecho consuetudinario a nivel constitucional no fue el hecho de que sus normas se remonten a comunidades prehispánicas. Lo que importa no es tanto el origen de estas normas, sino la validez que tienen dentro de la cultura indígena. No se trata de conservar a los pueblos indígenas como pieza de museo o animal en extinción. Mantener a una cultura en un frasco de formol sería hartamente absurdo y artificial.

Los cambios no implican, necesariamente, pérdida de la identidad. Aunque el contacto con otras culturas haya dado como resultado una serie de cambios, existe una persistencia y una reacomodación de las costumbres tradicionales indígenas así como de sus propios sistemas de autoridad. Es esta característica la que mantiene unidos a los pueblos indígenas, la que los diferencia de otros grupos humanos, y la que los hace sujetos de derechos colectivos.

Además, si no aceptáramos la necesidad de que se incorporen cambios para la supervivencia de los pueblos indígenas, tampoco podríamos justificar que ciertos cambios o adaptaciones dentro de la cultura y el Derecho de los pueblos indígenas ecuatorianos deban llevarse a cabo para lograr una convivencia armónica con las demás culturas dentro del Estado pluralista, así como para garantizar el respeto de los Derechos Humanos fundamentales. La constante interacción de los pueblos indígenas con el resto de la sociedad ecuatoriana e internacional hace inevitables los cambios. En este sentido, debemos recordar que “el pluralismo asegura ese grado de asimilación que es necesario para crear integración” (Sartori 62), y que el deber del Estado es garantizar que las comunidades tengan el mayor grado de control y decisión posible sobre los cambios de su cultura.

2. 2. ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA EL DERECHO INDÍGENA DE LA JUSTICIA POR MANO PROPIA?

Otra forma de negar la existencia del Derecho consuetudinario indígena ha sido afirmar que éste no es un sistema normativo racional sino más bien un modo improvisado de aplicar castigos caprichosos ante conductas reprochables desde su cosmovisión. Lo que sucede es que se ha confundido a la justicia indígena con casos de autojusticia que obedecen a situaciones de rabia y desesperación de diversos sectores de la sociedad, mas no a normas y procedimientos específicos.

Para que los indígenas puedan verdaderamente ejercer el derecho a su propio Derecho, se vuelve necesario descriminalizar la justicia indígena. Esta descriminalización debe comprender tres niveles.

En primer lugar, es urgente diferenciar la justicia indígena como manifestación cultural de los pueblos indígenas, de la llamada justicia por mano propia, guiada por la rabia, más no por tradición cultural alguna. Los linchamientos son un hecho totalmente distinto y lejano a las prácticas indígenas de justicia. Investigaciones de campo como las de Fernando García o Emiliano Borja Jiménez demuestran que los casos de linchamiento son perfectamente diferenciables del Derecho indígena, en el cual es posible encontrar normas y procedimientos apreciables empíricamente. Esas normas y procedimientos existen y pueden ser analizadas independientemente de las decisiones y casos específicos. Es más, los miembros de las comunidades indígenas sobre las que rigen estas normas están plenamente concientes de su existencia y su vigencia obligatoria. Por tanto, no debemos confundirnos entre los casos aislados de linchamiento, aunque sean cometidos por sujetos indígenas, de los casos en los que ciertamente se aplican las normas y procedimientos tradicionales indígenas. Mientras que los primeros deben ser sancionados por el Estado, los segundos son una manifestación de la diversidad cultural y están amparados jurídicamente, por lo que es imperativo protegerlos.

Luego, es preciso que, en observancia al texto constitucional, se deje de lado cualquier intento de sancionar a las autoridades indígenas por el mero hecho de haber ejercido funciones jurisdiccionales al interior de su comunidad. Me uno a la voz de Raquel Yrigoyen para quien el mero ejercicio de funciones jurisdiccionales no constituye, *per se*, violación a los Derechos Humanos. Sólo en caso de existir una violación a los

derechos fundamentales al aplicarse la justicia indígena podría pensarse en un procedimiento para sancionar a estas autoridades, pero el ejercicio de la justicia indígena no es, en sí mismo, una violación sino un ejercicio de los Derechos Humanos.

Por último, en la misma línea, es necesario adaptar la normativa ecuatoriana, especialmente la penal, de tal forma que las prácticas culturales indígenas no configuren delitos penales. Lo contrario implicaría estigmatizar lo diferente y pretender su transformación hacia los valores culturales plasmados en el Derecho Penal. Pensemos, por ejemplo, que para los pueblos indígenas la producción y el consumo de la ayahuasca es parte esencial de su cultura tradicional, por lo que sancionar penalmente estas prácticas sería un atentado contra su derecho a vivir su diversidad cultural. Como se ha afirmado a lo largo de este ensayo, la legislación oficial mantiene intacta su aplicabilidad general. Por lo tanto, es preciso ir modificando las normas en este y otros puntos específicos para que su aplicación no menoscabe los derechos indígenas. Además, cuando estas leyes se apliquen a los pueblos indígenas, deberá tenerse en cuenta el Convenio 169, y por tanto no se deberá aplicarlas sin tomar en consideración las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. El Código Penal y las demás leyes del Ecuador no pueden pretender ser un dispensador de civilización. Quienes están llamados a aplicar las leyes deben evitar las interpretaciones etnocéntricas y monoculturales de los hechos y de las normas.

2.3. ¿QUIÉNES ESTÁN LEGITIMADOS PARA EJERCER LA JUSTICIA INDÍGENA?

Uno de los primeros puntos que suscita debate es el que tiene que ver con la determinación de las autoridades indígenas a quienes se les ha atribuido la facultad de impartir justicia conforme a sus propios métodos y normas. Para que la justicia indígena tenga plena aplicación, es necesario que las autoridades llamadas a administrar justicia gocen de la legitimidad necesaria. La redacción de la Constitución es bastante amplia y casi tautológica al señalar que los titulares del derecho a ejercer funciones de justicia conforme al Derecho indígena son las autoridades de los pueblos indígenas. La norma vuelve imperativo delimitar qué debe entenderse por pueblos indígenas para luego saber cuáles son sus autoridades.

En cuanto a la definición de pueblos indígenas, como se ha manifestado a lo largo de este ensayo, el Convenio 169 es quizá el mejor referente. Este Convenio es claro en el sentido de que la palabra pueblos no tiene el mismo sentido que se le otorga en el Derecho internacional, sino que se aplica a (1) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; y, (2) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Conforme a este Convenio, el criterio principal para determinar quiénes son los pueblos indígenas es la conciencia de su identidad indígena o tribal. Es decir que serán pueblos indígenas aquellos que se autodefinan como tales conforme a las disposiciones que acaban de citarse.

Una vez determinados cuáles son pueblos indígenas, falta esclarecer quiénes son sus autoridades. Quisiera empezar citando al antropólogo García Fernández, quien, dentro de una investigación, dialogó con una autoridad tradicional de la comunidad de San Clemente, de la parroquia de la Esperanza, en la provincia de Imbabura, sobre quiénes son las autoridades en sus procesos de administración de justicia. Esta autoridad respondió: “Dentro del hogar tenemos al padre como a la madre, a los parientes cercanos ya a los padrinos de matrimonio. Dentro de la comunidad tenemos al señor Cabildo con su directiva. Y también a las autoridades tradicionales, es decir los ex cabildos, quienes colaboramos con el cabildo a resolver los problemas de una u otra manera” (García 18). En las comunidades de nacionalidad quichua que fueron objeto de la investigación de García, a los miembros del cabildo les denominan autoridades comunitarias y a los ex cabildos se los llama autoridades tradicionales, consejo de ancianos o curacas. Es además evidente en estas comunidades que la familia funge como un “tribunal” de primera instancia, y si no se llega a una resolución que satisfaga a las partes se acude a la segunda

instancia, constituida por las autoridades comunitarias, autoridades tradicionales y la asamblea comunal (García 23).

El ejemplo que acabamos de citar ilustra el hecho de que el Derecho consuetudinario indígena contempla procedimientos para que los pueblos indígenas nombren a sus autoridades. Por tanto, sólo las autoridades designadas bajo estos procedimientos estarían legitimadas para ejercer el derecho a llevar a cabo funciones de justicia conforme al artículo 191 de la Constitución. Si, por el contrario, se llegare a emitir una decisión judicial por parte de una autoridad indígena que no haya sido nombrada conforme a los procedimientos contemplados por Derecho consuetudinario indígena, dicha decisión carecería de toda legitimidad y ni el Estado ni el pueblo indígena tendrían la obligación de respetarla.

Cabe subrayar que una interpretación en el sentido de que dichas autoridades indígenas deben ser designadas conforme a los procedimientos estatales comunes es inadmisibles, puesto que significaría dejar sin aplicación el precepto constitucional. En ese momento dejarían de ser las autoridades de los pueblos indígenas y pasarían a ser las autoridades del Estado. Tal interpretación también constituiría una violación al propio Convenio 169, donde se establece, a favor de los pueblos indígenas, el derecho a la autoidentificación y a conservar sus propias autoridades. Son entonces los propios pueblos indígenas, a través de su Derecho consuetudinario, los únicos llamados a definir quiénes son sus autoridades, así como el procedimiento y los criterios para designarlas. Solamente las decisiones de las autoridades nombradas en virtud del Derecho consuetudinario indígena son sujetos del derecho a ejercer justicia aplicando sus propios métodos.

Esta interpretación se vuelve aún más necesaria si recordamos que la identidad de una persona depende en gran parte de la sociedad en la que vive, y por tanto es esa sociedad la que, en virtud de sus creencias y valores, considera a una persona como desviada o transgresora. Es la sociedad, a través de sus costumbres y su Derecho, la que determina quiénes han infringido sus normas. Dado que en cada comunidad las personas comparten creencias y normas, es lógico que cada comunidad, a través de sus representantes, sea la única legitimada para juzgar a los infractores, cuya conducta ha

resquebrajado la identidad y la cohesión del grupo. Un juicio realizado por autoridades que no gocen de esa legitimación social carecería de verdadera eficacia.

Esta interpretación no supone que el proceso de designación de las autoridades indígenas no tiene límites. Como ya se ha visto anteriormente, el Derecho consuetudinario indígena no puede dejar de observar y garantizar los Derechos Humanos fundamentales. Esto quiere decir, por ejemplo, que las autoridades no podrían constituir tribunales de excepción ni formar comisiones especiales creadas sólo para el efecto de juzgar a una o varias personas en un caso específico, pues esto estaría en contradicción con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. 4. ¿QUÉ CONFLICTOS SON INTERNOS?

De la redacción de la norma constitucional se desprende que las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia únicamente para la solución de conflictos internos. La Constitución nos impone entonces la tarea de determinar qué es un conflicto interno.

Para determinar qué es un conflicto interno pueden considerarse distintos criterios³³: una posibilidad es definir conflicto interno en función de la *materia* del conflicto, es decir, determinar que solamente aquellas materias de incumbencia interna, relevantes sólo para el pueblo indígena, podrían ser conocidas por la justicia indígena. Esta interpretación es inadmisibles y de nada serviría para aclarar la cuestión. Lo que ocurre es que en realidad no existen materias que sean relevantes únicamente para los pueblos indígenas y no para la sociedad entera, menos aún dentro de una nación donde lo que se busca es la interculturalidad en el marco del pluralismo. Esta interpretación podría prestarse para que los pueblos indígenas juzguen todo tipo de casos y a todo tipo de personas, alegando que la materia suscita un conflicto interno; adicionalmente, dejaría abierta la posibilidad de que las autoridades estatales pretendan juzgar todos los conflictos internos de los indígenas, alegando que la materia es de interés de toda la sociedad, lo que dejaría sin aplicación el precepto constitucional.

Una segunda posibilidad de definición del término conflicto interno podría consistir en la aplicación de criterios *territoriales*, en el sentido de que sólo sería

³³ Una vez más, me ceñiré al esquema propuesto por Alberto Wray para definir estos criterios (2002: 52)

conflicto interno aquel que ocurra dentro de ciertos límites geográficos. Dado que los pueblos indígenas en el Ecuador no se encuentran asentados en reservas inaccesibles para el resto de personas, esta interpretación de la norma no sería de ayuda. Por un lado, personas que no se autodefinen como indígenas podrían ser juzgados por autoridades indígenas, únicamente por haber estado en su territorio. Al mismo tiempo, aquellos indígenas que se autodefinen como tales y pertenecen a una comunidad indígena, pero que por cualquier razón se encuentren en zonas territoriales fuera de comunidades indígenas, no podrían ejercer su derecho a ser juzgados por sus autoridades. Así, esta posible solución tampoco resulta de mucha utilidad.

Es evidente que no puede pretenderse que, para aplicar el precepto Constitucional y las normas del Convenio 169 sea necesario ubicar a los pueblos indígenas en reservas aisladas. Un planteamiento coherente con la interculturalidad jamás puede defender la separación física de aquellos que son culturalmente diferentes. Interculturalidad implica convivencia: no sería lógico separar aquello que se quiere unir. La no separación física es esencial al momento de reconocer las diferencias como elementos positivos de la identidad de un grupo. Por tanto, esta solución es inadmisibile y constituiría una discriminación en menoscabo de los derechos de los pueblos indígenas y de toda la sociedad, que perdería la posibilidad de vivir un pluralismo pleno y enriquecedor.

Una tercera posibilidad para definir conflicto interno podría referirse a los *sujetos* involucrados en el conflicto, de forma tal que las autoridades indígenas sólo podrían resolver los conflictos entre personas que se autodefinen como tales. Considero que es éste el criterio más apropiado al momento de definir el término conflicto interno³⁴.

En virtud del principio de interpretación unitaria de la Constitución, su artículo 191 no puede ser interpretado contra ella misma. Conflicto interno debe entenderse como aquel conflicto suscitado entre dos individuos que, de manera libre y voluntaria, se autodefinan como indígenas. Esta es la única interpretación posible en una nación donde las comunidades son generalmente mixtas y las relaciones inter-étnicas frecuentes.

Sobre este punto, es útil hacer referencia a un estudio antropológico realizado por García Serrano, en el que se documentan varios casos en los cuales una infracción se

³⁴ Aunque este criterio subjetivo también parece ser el adoptado por el Proyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena (artículo 7), la redacción de este artículo se presta para peligrosas confusiones.

comete al interior de una comunidad, pero por un no indígena. Es interesante anotar que en muchos de estos casos se evidencia una coordinación con las autoridades del sistema estatal. También se han documentado casos en los que un indígena comete una infracción fuera de la comunidad, y entonces las autoridades indígenas han buscado la forma de dialogar con las estatales para poder juzgarlos. Sin embargo, existen varios casos en los que los infractores han sido juzgados por las autoridades indígenas y bajo sus procedimientos, aún sin autodefinirse como indígenas y sin que existan criterios para establecer su pertenencia a la comunidad (García 24). Pretender que el ordenamiento indígena se aplique a sujetos que no se autodefinan como indígenas es pretender estirar la norma Constitucional y el Convenio 169 más allá de sus límites. Cada persona tiene derecho a ser juzgada por su juez natural y, lo que es más, todos tenemos derecho a ser juzgados conforme a nuestras costumbres tradiciones. Los indígenas que se autodefinan como tales pueden ejercer su derecho a ser juzgados conforme a su Derecho consuetudinario, de tal forma que su diversidad cultural se manifieste también en el Derecho que se les aplica. Pero pretender que un sujeto que no se identifica con las normas y tradiciones indígenas sea sancionado conforme a éstas implicaría violar también su derecho a ser juzgado por sus propias normas, aquellas con las que se siente identificado culturalmente. No existe entonces fundamento legal para aplicar las normas y procedimientos indígenas a quien no se autoidentifica como tal.

Ahora bien, esta interpretación plantea dos problemas adicionales. En primer lugar, si el único criterio válido y jurídicamente coherente para delimitar el concepto de conflicto interno es el subjetivo, hay que aclarar qué personas son las que están sometidas a la justicia indígena. Sobre el tema se ha hablado ya a lo largo de todo este ensayo y no cabe mayor discusión. Para determinar quién es indígena y por lo tanto está sujeto a su Derecho consuetudinario y a sus propias autoridades, el criterio determinante es el de la autoidentificación del individuo respecto a su comunidad, por un lado, y por otro la aceptación y reconocimiento de la comunidad hacia ese miembro. El criterio entonces

sobrepasa lo meramente étnico y lo que importa es si la persona se auto considera indígena, y si su comunidad también lo reconoce como tal³⁵.

Aunque desde la perspectiva cultural de los no indígenas parece difícil reconocer esa identidad, la cohesión de los pueblos indígenas es tal que no hay mayores problemas para reconocerse entre sí. Y es que para ellos la pertenencia a una comunidad es una cuestión de existencia. Sin embargo, puede suceder que una persona que pertenezca a una comunidad indígena pretenda negar esa pertenencia con el único objetivo de librarse de la aplicación de la justicia. Este sería un caso de fraude a la ley, y para estos casos deben utilizarse criterios objetivos que permitan determinar si esa persona ha mostrado o no un sentido de pertenencia a la comunidad, y si es reconocido como parte integrante de ésta.

El segundo problema que se plantea si aceptamos que el único criterio válido es el criterio subjetivo, es que quedarían impunes los casos de violación al ordenamiento indígena por parte de una persona que no se autoidentifica como indígena ni es reconocido como tal por la comunidad. Es decir que aquellos bienes jurídicos protegidos por el Derecho indígena mas no por el Derecho oficial quedarían sin protección en el caso de que sean atentados por un extraño al pueblo indígena. Si el pueblo indígena siente que se ha violado su ordenamiento por parte de un no indígena, debería plantear esta situación ante la autoridad estatal, que es la competente para juzgar a quienes no se identifican como indígenas. La autoridad estatal, por su parte, estará obligada, en virtud de los artículos 8 y 9 del Convenio 169, a tomar en cuenta el Derecho consuetudinario indígena al momento de juzgar. Adicionalmente, si un indígena, como sujeto individual, o un pueblo indígena, como sujeto colectivo, siente además que ha ocurrido una violación a su Derecho Humano a la diversidad cultural, podrá hacerlo valer a través de cualquiera de los procedimientos existentes para estos casos.

³⁵ Este concepto es coherente con el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, según el cual la autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican sus disposiciones (artículo 1)

2. 5. ¿QUÉ MATERIAS PUEDEN CONOCER LAS AUTORIDADES INDÍGENAS?

Al tratar los límites del derecho al propio Derecho se mencionó ya que su único límite son los Derechos Humanos, por lo que no cabe plantear límites en cuanto a la competencia material, ni tampoco límites en cuanto a la gravedad o la cuantía de los casos que conoce la justicia indígena.

El Convenio 169 no establece ningún tipo de límite a la competencia de los pueblos indígenas para sancionar conforme a sus propias normas las infracciones cometidas por los miembros de los pueblos indígenas. Más aún, el Convenio es claro al reconocer expresamente a la materia penal como susceptible de ser tratada por las autoridades indígenas³⁶. Tampoco la Constitución pone límite alguno a las materias que pueden ser conocidas por estas autoridades. Por lo tanto, no sería aceptable que a través de una falsa interpretación de la Constitución, o a través de una ley, de jerarquía menor a la Constitución y al Convenio, se intente restringir y así vulnerar un derecho garantizado en normas superiores. No podemos retroceder a la época colonial en la que las facultades jurisdiccionales indígenas se reducían a los casos de menor cuantía y gravedad.

A pesar de lo anterior, algunos autores han intentado delimitar las materias que pueden ser sometidas a la justicia indígena. Wray por ejemplo, afirma que el criterio de distinción entre derecho público y derecho privado permite reconocer un tipo de conflicto en el cual la autonomía que se reconozca a la justicia indígena frente al Derecho oficial puede ser total: el de relaciones voluntarias, correspondientes al Derecho privado (53). La limitación del término conflicto interno al ámbito del Derecho privado se fundamenta en que en éste únicamente están en juego intereses individuales, por lo que la institucionalidad del Estado parecería quedar intacta. Considero que limitar la justicia indígena al ámbito del Derecho privado es restringir un derecho que está contemplado en la Constitución y es violar el artículo 9 del Convenio 169. Pero sobre todo sería una forma de atentar contra la preservación de la identidad cultural y la cohesión grupal de

³⁶ También es bastante amplia la redacción del Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que afirma que los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía (Artículo XVI).

los pueblos indígenas, en cuanto éstas dependen de la capacidad de sus autoridades para regular los asuntos públicos.

En la misma línea, y de manera más extrema, Andrade Dávila afirma que cuando el bien jurídico lesionado interesa a toda la sociedad y no sólo a la comunidad indígena – como en el caso de un delito penal – son las autoridades del poder público estatal, y no los particulares, las llamadas a juzgar y sancionar estas conductas (31). Este autor va aún más lejos y concluye que las autoridades de los pueblos indígenas únicamente pueden administrar justicia sobre asuntos tales como “problemas de linderos, de acceso al agua de riego debidamente concesionada por autoridad competente, utilización de los campos de caza, pesca o pastoreo, de los recursos naturales propios de la comunidad, salvo los no renovables que son directamente administrados por el Estado, etcétera”. Dicha interpretación restrictiva no sólo le resta aplicación a la norma de la Constitución, sino que viola el artículo 9.1 del Convenio 169 que, insisto, establece el deber del Estado de respetar los métodos indígenas para reprimir los delitos cometidos por sus miembros.

Los límites a la justicia indígena los constituyen los Derechos Humanos, pero más allá de éstos no existe una base jurídica sólida para restringir la aplicación del Derecho indígena únicamente a ciertas materias.

2. 6. ¿QUÉ SANCIONES PUEDE CONTEMPLAR EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA?

Antes de intentar una respuesta sobre las sanciones que podrían aplicarse, quisiera reflexionar sobre cuáles son las sanciones que, de hecho, se aplican, para lo cual es de gran utilidad referirse a un estudio antropológico de Fernando García Serrano, en el que se narran distintos conflictos sucedidos en tres comunidades de la nacionalidad Quichua del país, y se explican las sanciones aplicadas a los distintos casos³⁷.

De este estudio se desprende que las sanciones van desde un consejo, pasando por sanciones económicas y materiales, hasta, en algunos casos, sanciones físicas. En varios casos, la sanción es un trabajo comunitario. En cuanto a las multas, vale señalar que para las autoridades indígenas es importante que el dinero fruto de una falta sea dedicado a cubrir necesidades del agredido o de la comunidad. Las sanciones físicas más comunes

³⁷ Ver: García S. Fernando: Formas indígenas de administrar justicia: estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana. FLACSO: Quito, 2002.

son la ortiga, los latigazos, caminar descalzos por el camino de ripio y piedras, y el baño en agua fría. La sanción más grave, sobre todo aplicada en casos de reincidencia, es la expulsión temporal o definitiva de la comunidad.

Conforme a este estudio, el apresamiento en las comunidades indígenas cumple sólo un papel preventivo, puesto que, al entender de los comuneros, las personas salen de la reclusión llenos de venganza. Esto no es aceptable para las comunidades indígenas, en donde las sanciones van siempre acompañadas del consejo y orientación, puesto que el fin de las sanciones es el cambio de actitud de los infractores, por un lado, y el ejemplo a los demás comuneros, por otro. “Nosotros no sancionamos, corregimos”, son las palabras textuales de uno de los miembros de las comunidades indígenas investigadas por García. Más que sanción, para los indígenas hay corrección, escarmiento y ejemplo. El objetivo es también reparar el daño y educar a la comunidad.

Estos testimonios exigen evaluar las penas como manifestación de la diversidad cultural, comprendiéndolas desde el contexto cultural donde se aplican. Lo contrario sería continuar con una suerte de imperialismo jurídico y desconocer el Derecho Humano a la diversidad cultural. Para la sociedad occidental, la ortiga puede parecer una forma de violar la dignidad y la integridad. Para los pueblos indígenas es una forma de purificación que ayuda al transgresor a liberarse. Más aún, existen diferencias claves en cuanto al objetivo de la pena. Mientras que la legislación oficial castiga porque se cometió un crimen, en la comunidad indígena se castiga con el fin de restablecer el orden de la naturaleza y disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. Desde el punto de vista de los indígenas, el objetivo de la sanción no es causar sufrimiento sino purificar al individuo para restablecer la armonía. Lo que se busca no es la confrontación sino el diálogo, para así alcanzar el equilibrio social.

Podría argumentarse que sanciones físicas como la utilización de la ortiga, los latigazos, o el baño en agua fría exceden los límites impuestos a la justicia indígena por los Derechos Humanos. Sin embargo, este argumento no es válido, por la siguiente razón. La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes define la tortura como: “todo acto por el cual se infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que

haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas". En este sentido, el texto de este instrumento internacional prohíbe la tortura para así proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo. Sin embargo, no todas las sanciones que producen sufrimientos físicos constituyen tortura y, sobre todo, no todos los individuos tienen el mismo concepto de integridad y dignidad.

Las consecuencias físicas de las sanciones indígenas no necesariamente constituyen tortura. Es más, desde la cosmovisión indígena, el castigo no es humillante ya que no expone al trasgresor al ridículo público, sino que le permite retornar a la comunidad. Tan es así que en muchas comunidades nadie puede hacer ruido o reírse cuando se está castigando a una persona. Quien ríe es castigado con la misma sanción con la que se estaba castigando al infractor.

Sobre este tema, es interesante considerar el análisis que la Corte Constitucional colombiana, en su Sentencia T-349 de 1996, hace respecto del castigo del cepo: "el actor alega que el castigo del cepo, que es el vigente en la comunidad para la infracción por él cometida, constituye un "trato cruel e inhumano". Sin embargo, se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad".

Ciertamente, el artículo 23 número 2 de la Constitución garantiza el derecho a la integridad personal. En virtud de esta norma "se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano". Pero antes de decidir que una pena atenta contra la

integridad o la dignidad de una persona habría que preguntarse cómo entienden los miembros de los pueblos indígenas los conceptos de integridad y dignidad humanas, y recordar que ellos conciben de forma muy distinta la relación entre individuo y sociedad y las obligaciones de una persona para con la sociedad.

Si, analizadas dentro de su contexto cultural, las sanciones que imparte la justicia indígena no siempre constituyen un trato inhumano o degradante, tampoco puede decirse que necesariamente violan el Derecho Internacional, puesto que lo que éste prohíbe son las penas crueles, inhumanas y degradantes. A la luz del Derecho Internacional, el fin de la pena es la rehabilitación. Y dentro de la perspectiva cultural indígena, las penas que se aplican en sus comunidades cumplen con este objetivo de una manera mucho más eficaz que la sanción por excelencia del derecho tradicional: la prisión.

Ciertamente, es en la materia penal donde los conflictos se vuelven más agudos y evidentes, sobre todo porque el Derecho penal es el encargado de recoger las valoraciones sociales más extremas. Pero un país que se autodefina como pluricultural y multiétnico debe comprometerse a comprender las costumbres y tradiciones de otras culturas dentro del contexto cultural en el que se aplican, aplicando un relativismo moderado, y no juzgarlas desde la perspectiva de la cultura dominante catalogando a sus penas como fuertes, débiles o incivilizadas. La forma en que los indígenas entienden el castigo merece el máximo respeto en la medida en que el castigo es una manifestación cultural que debe ser garantizada en todo país que quiera ser pluralista. Con base en lo señalado, las autoridades de los pueblos indígenas podrían aplicar cualquier sanción siempre y cuando no contravenga los Derechos Humanos, interpretados desde su cosmovisión cultural y no desde un punto de vista etnocéntrico.

Ahora bien, la facultad de las autoridades indígenas de sancionar, con sus métodos propios, aquellas prácticas que contravengan su Derecho consuetudinario, plantea problemas adicionales. De mucha importancia es el que tiene que ver con la determinación de los actos sancionables. Lo que ocurre es que no sólo las sanciones que forman parte del Derecho consuetudinario indígena difieren de las del Derecho positivo oficial, sino que además los actos sancionables dentro de los pueblos indígenas son distintos de aquellos que sanciona el Derecho oficial. Esta diferenciación entre los actos que son sancionados por el Derecho oficial, y aquellos castigados por las comunidades

indígenas debe mantenerse. Si se pretendiera adecuar el Derecho indígena hasta hacerlo idéntico al Derecho oficial, ningún sentido tendría el artículo 191 de la Constitución que afirma el derecho de los pueblos indígenas a juzgar conforme a su propio Derecho. Evidentemente, el contenido del Derecho indígena es distinto al del Derecho oficial, y por tanto varía la identificación de las conductas sancionables. Esto es comprensible ya que el Derecho, y particularmente el Derecho consuetudinario, se va creando a partir de las necesidades específicas de cada sociedad. Así, el Derecho indígena regula aquellos aspectos importantes de su vida comunitaria, tales como las tierras, las familias y los delitos, pero no regula todas las materias que están contempladas en el Derecho oficial.

Surgen así dos preguntas: ¿podrían las autoridades indígenas juzgar infracciones que no sean consideradas como tales por el Derecho oficial?, y ¿podrían dichas autoridades dejar de juzgar o de sancionar actos que son considerados infracciones al Derecho oficial? La respuesta a ambas preguntas debe ser afirmativa, caso contrario carecería de sentido dotar a dichas autoridades de la facultad para juzgar conforme a sus propias normas. Así lo ha entendido también la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-139 de 1996: “dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa”. Sería absurdo, por ejemplo, que los pueblos indígenas no tengan derecho a sancionar la brujería sólo en virtud de que ésta no es considerada un delito para el Derecho oficial, cuando este es un frecuente problema social al interior de sus comunidades.

Por otro lado, la norma del artículo 191 en ningún momento puede interpretarse en el sentido de limitar la potestad de las autoridades estatales para juzgar aquellos actos que constituyan infracciones para el Derecho oficial, únicamente porque la persona que cometió tales actos pertenece a un pueblo indígena. La facultad de juzgar atribuida a los funcionarios de administración de justicia conforme al Derecho oficial permanece intacta y en ningún momento se ha excluido a los pueblos indígenas de la aplicación de la ley oficial. Los pueblos indígenas están sometidos a todo el ordenamiento jurídico estatal, y

dicho ordenamiento contempla que los conflictos internos sean solucionados conforme al Derecho indígena. Lo que debe tomarse en cuenta, conforme a los artículos 8 y 10 del Convenio 169, es que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o Derecho consuetudinario, y 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, y deberá además darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Está claro entonces que la disposición del artículo 191 de la Constitución de ninguna forma excluye la facultad de juzgar establecida para las autoridades estatales. El sistema indígena y el oficial no se excluyen mutuamente, sino que deben interpretarse en acumulación el uno con el otro. Así como el Derecho consuetudinario debe respetar el ordenamiento jurídico nacional, éste debe respetar las costumbres que conforman el Derecho indígena, y tanto las normas oficiales como las indígenas están obligadas a respetar los Derechos Humanos.

2. 7. ¿CÓMO SOLUCIONAR LOS POSIBLES CONFLICTOS DE COMPETENCIA?

Se ha dicho ya que las autoridades indígenas no tienen la facultad de juzgar a quien no se autodefina como indígena. Por lo tanto, las autoridades indígenas están en la obligación de abstenerse de conocer los casos en que el implicado se autodefina como no indígena, y de remitirlos a la justicia ordinaria. También se ha explicado que la vigencia del Derecho indígena no excluye la aplicabilidad general de la ley, pero cabe preguntarse: ¿qué sucedería si un conflicto interno indígena, es decir, que involucre a sujetos indígenas, llegase a manos de un juez ordinario?

Las autoridades indígenas son las que constitucionalmente tienen la competencia para juzgar sus conflictos internos. Por lo tanto, en caso de que un juez ordinario tenga ante sí un caso cuya solución corresponda a las autoridades indígenas, éste está en la obligación de aplicar la Constitución directamente, y, por tanto, inhibirse de conocer el

caso, remitiéndolo a la autoridad indígena competente³⁸. Es decir que, si llega a la consideración de un Juez estatal un conflicto interno indígena, en los términos que hemos definido a lo largo de este análisis, el Juez deberá remitir el caso a las autoridades indígenas, en aras de preservar la especial conciencia étnica del individuo en cuestión. Por otro lado, si llega a su conocimiento un caso en el que esté involucrado un indígena pero en el cual el conflicto no sea estrictamente interno, deberá proceder con el caso pero sin dejar de considerar las costumbres propias de ese individuo al momento de juzgarlo. Esto demuestra la necesidad de coordinación que se debe buscar entre los dos sistemas, oficial e indígena. De la misma forma, las autoridades indígenas deben abstenerse de conocer conflictos que no sean internos y casos que no estén contemplados en su Derecho consuetudinario.

Por supuesto, existen amplias posibilidades de que surjan conflictos de competencia. Ante estos posibles conflictos, será el Tribunal Constitucional el llamado a dirimir la competencia que se disputen las autoridades indígenas y oficiales. Esta facultad del Tribunal está prevista en la Constitución Política, en el número 6 del artículo 276, que establece como facultad de este Tribunal la de “dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución”.

2. 8. ¿ES UNA JUSTICIA VOLUNTARIA U OBLIGATORIA?

Se ha dicho ya que una de las características de la costumbre indígena, aquella que nos permite asegurar que esta costumbre constituye Derecho, es la facultad de exigir su cumplimiento obligatorio. La facultad de coerción es un elemento indispensable para que un ordenamiento jurídico funcione de manera eficaz. Las autoridades indígenas no tienen por qué constituir una excepción a esta regla. Así como las autoridades ordinarias, en teoría, no hacen excepciones y no le preguntan a un criminal si escoge o no someterse al ordenamiento jurídico, las autoridades indígenas no pueden dar el derecho de elección a aquellos indígenas que se autodefinan como tales, si éstos se ven envueltos en un conflicto interno. Los miembros de pueblos indígenas gozan de plena libertad para

³⁸ Complace conocer que el Dr. Santiago Andrade, Juez de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, está de acuerdo con este planteamiento y ha manifestado que se inhibiría de conocer un conflicto interno indígena si éste llegase a sus manos.

autodefinirse como indígenas e identificarse de cerca con su comunidad, pero si así lo hacen deben atenerse tanto a los derechos como a las obligaciones que esta autodefinición y esta pertenencia conllevan.

Si la sujeción a la justicia indígena sería voluntaria, se presentarían conflictos de difícil solución. Pensemos, por ejemplo, qué pasaría si en un conflicto entre indígenas una de las dos partes del conflicto escoge someterse a la costumbre indígena y la otra quiere someterse al Derecho oficial. Para evitar estas situaciones, existen varios argumentos a favor de que la jurisdicción indígena sea obligatoria. Tres razones principales permiten concluir que el sometimiento a esta justicia por parte de quienes se autodefinen como indígenas debe ser obligatorio: en primer lugar, por seguridad jurídica, porque el individuo debe conocer cuál es la normativa aplicable a cada caso. También porque lo contrario podría convertir a esta justicia en un mecanismo de impunidad. Por último, porque de no ser así se debilitaría la estructura comunal y se distorsionaría el reconocimiento constitucional (Ramírez 73).

Quien ha violado una norma no puede tener la facultad de eximirse de las sanciones contempladas por el Derecho para dicha violación. Lo único que forzosamente debe ser voluntario es la facultad de los pueblos indígenas de ejercer o no el derecho a aplicar su propio Derecho. Los pueblos indígenas, como todos los pueblos, tienen el derecho a decidir cómo gobernarse, y no es posible imponerles unilateralmente que ejerzan obligatoriamente la justicia indígena.

Esto se desprende de la misma redacción del artículo 191, que está concebida como un derecho. Así, cuando el Derecho indígena no se ejerza, no puede entenderse que ha ocurrido una denegación de justicia. Como bien afirma Esther Sánchez Botero, “la afirmación ‘podrán ejercer’ expresa que se concede a las autoridades indígenas la posibilidad de disponer o no de ese derecho, precisamente en reconocimiento de la capacidad que sus ejecutorias pueden traer internamente, como también del hecho real que los pueblos indígenas no son homogéneos con relación a la forma en que están vinculados con la sociedad mayoritaria. Podemos afirmar que unos más que otros resistieron históricamente la obligatoriedad de sacar sus casos a la jurisdicción nacional, siguieron fielmente las determinaciones hegemónicas y alteraron muchas de sus instituciones, por lo que en estos pueblos de manera particular estas instancias se

encuentran debilitadas y continúan sacando los casos al sistema nacional. Otros en cambio, resistieron y continuaron aplicando justicia y abriéndose ocasionalmente al sistema nacional para algunos asuntos” (Sánchez).

En el caso de que un pueblo, en efecto, haya conservado su Derecho consuetudinario y desee continuar aplicándolo, tiene el derecho de hacerlo y esta aplicación debe ser coercitiva para todos los casos de conflictos internos. Pero si no lo ha conservado o no desea conservarlo, si no posee normas consuetudinarias claras, imponer por la fuerza que los pueblos indígenas apliquen sus propias normas sería equivalente a pedirles que ejerzan justicia por mano propia.

2. 9. ¿CÓMO PROCEDER SI SE HAN VIOLADO LOS DERECHOS HUMANOS?

Puesto que las autoridades indígenas están en una posición de ejercicio de poder, existe la posibilidad de que se presenten violaciones a los Derechos Humanos al momento de ejercer la justicia indígena. Recordemos, por ejemplo, las escenas transmitidas por la televisión nacional en el sonado caso de Las Brujas de Calhuasí, allá por el año 1997. Estas escenas mostraban la aplicación de azotes y ortiga a dos mujeres en ropa interior, a vista y paciencia de las autoridades del lugar. Utilizando los conceptos aportados en este análisis, se puede concluir que las autoridades indígenas no tenían competencia para juzgar ni aplicar penas en ese caso. Las mujeres implicadas no pertenecían a la comunidad indígena ni se autodefinían como tales, y por tanto no debió juzgárseles de acuerdo al Derecho indígena, ni aplicárseles la pena. En mayo de este año, el diario el Comercio presentó conmovedoras imágenes de un caso ocurrido en Guamanloma³⁹. Las autoridades de Guamanloma también juzgaron a dos mujeres ajenas a su comunidad, imponiéndoles como pena un baño de gasolina, y la aplicación de ortiga y foete desnudas, en la cancha del pueblo. Ciertamente, la aplicación de estas penas a personas ajenas a la comunidad no tiene por qué ser respetada ni aceptada por el Estado, cuyo más alto deber, conforme al artículo 16, es respetar y hacer respetar los Derechos Humanos, y uno de ellos es el derecho a ser juzgado por su juez natural. Además, puede haber violación a los Derechos Humanos incluso cuando las autoridades indígenas juzgan

³⁹ “Guamanloma castigó a 2 presuntas ladronas”, en El Comercio, página A2, Viernes 9 de mayo del 2003.

conflictos internos. Pensemos, por ejemplo, que en ciertas comunidades indígenas del oriente ecuatoriano existen delitos cuya sanción es la muerte.

Estos casos ponen en evidencia la necesidad de establecer un mecanismo de control de los Derechos Humanos que enfrente adecuadamente los posibles conflictos con el Derecho indígena. Quizá el mecanismo más adecuado sería que el Tribunal Constitucional ejerza el control constitucional en forma estricta. Ciertamente, la Constitución actual no prevé que asegurar el respeto a los Derechos Humanos sea una de las competencias del Tribunal, pero sí afirma que el TC estará en la facultad de ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes. Así, sin necesidad de recurrir a otra reforma constitucional, la ley de compatibilización a la que se refiere el artículo 191 de la Constitución podría atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de dirimir los posibles casos de violación a los Derechos Humanos por parte de los pueblos indígenas, de la misma forma que hoy en día ejerce el control de la constitucionalidad sobre las decisiones de las autoridades públicas.

Para que este Tribunal pueda juzgar los hechos y el Derecho desde una perspectiva intercultural y no etnocéntrica, se ha planteado que la conformación del Tribunal Constitucional debe ser mixta, es decir, que debe estar conformado por jueces estatales y por miembros de la comunidad o pueblo indígena⁴⁰. Coincido plenamente, y así lo he manifestado a lo largo de este ensayo, en que la Constitución y los Derechos Humanos requieren de una interpretación cultural al momento de determinar si fueron o no violados. Creo también en la necesidad de crear espacios donde sea posible el diálogo intercultural y el respeto a la diferencia. Sin embargo, no considero apropiado exigir que el Tribunal Constitucional esté integrado de manera obligatoria por indígenas.

Primero, porque para esto sería necesario reformar la Constitución, específicamente su artículo 275. Pero sobre todo, porque esto implicaría otorgar un privilegio a los indígenas solamente por su condición de indígenas. Si un indígena llega a conformar el Tribunal a través del procedimiento que ahora se establece en la Constitución, la situación sería distinta. Pero imponer que así sea sería una forma de asumir que no podrán llegar a ocupar esta dignidad por sus propios méritos. Más aún,

⁴⁰ Así lo propone, por ejemplo, el Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador

considero que asegurar puestos en el TC a los indígenas solamente por ser indígenas no aporta una solución definitiva al problema, puesto que un indígena de determinado pueblo, pensemos, por ejemplo, un otavalo, no necesariamente estará capacitado para comprender la cosmovisión de un indígena huaorani. Lo adecuado sería, más bien, que el Tribunal Constitucional cuente con peritos expertos, como lo hace la Corte Constitucional colombiana, que iluminen el criterio de los magistrados al momento de interpretar los hechos y el Derecho indígena.

2. 10. ¿CÓMO SE APLICAN CIERTOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ?

a) DEBIDO PROCESO

La Constitución consagra el derecho colectivo de los pueblos indígenas a aplicar tanto sus normas como sus *procedimientos* al momento de juzgar (artículo 191) y garantiza al mismo tiempo el derecho al debido proceso, llenándolo de contenido al detallar minuciosamente cada una de las garantías básicas que componen este derecho (artículo 24). El mencionado estudio antropológico de Fernando García Serrano en comunidades de nacionalidad quichua, muestra cómo la administración de justicia al interior de este grupo indígena está sujeta a procedimientos social y culturalmente establecidos y compartidos por el conjunto de la población. Sin embargo, es de prever que los procedimientos propios del Derecho indígena no siempre incluirán todas y cada una de las garantías del debido proceso, por lo que estos dos derechos parecerían entrar en contradicción.

Una vez más, en el marco del pluralismo jurídico que defiende este ensayo, dicha contradicción no puede resolverse mediante la imposición de un derecho sobre otro, sino que tiene que encontrarse una interpretación que otorgue a ambos el mayor grado de vigencia posible. Por tanto, no se puede pretender aplicar rígidamente una institución que está basada en premisas occidentales, a un Derecho cuyas instituciones son distintas. Esto implicaría una distorsión del reconocimiento de la justicia indígena, una violación al derecho a la diversidad cultural y una mala aplicación de los fundamentos del pluralismo jurídico.

La práctica de la justicia indígena no es en sí misma una violación al debido proceso. Sin embargo, el derecho a la diversidad cultural y jurídica no puede negar el

derecho al debido proceso. Se vuelve preciso, entonces, adaptar el concepto del debido proceso para que pueda tener vigencia dentro de los procedimientos indígenas. Así, el Derecho indígena no puede desconocer la necesidad de que exista una norma previa si se pretende aplicarla para juzgar una conducta. Pero exigir al Derecho indígena una tipificación legal sería atentar contra una de las características más básicas del Derecho indígena, que es su oralidad y su flexibilidad. Lo que se puede exigir, entonces, es que se aplique siempre el Derecho consuetudinario existente. Si una autoridad indígena aplicara una sanción que no esté contenida en el Derecho consuetudinario, se entiende que esa sanción será repudiada por la comunidad y constituiría una violación al debido proceso.

En el mismo sentido, sería adecuado exigir que los pueblos indígenas adecuen sus normas para que se respeten las garantías básicas relativas a la detención de personas, para que se pueda garantizar que el detenido conozca las causas de la detención y no sea incomunicado. Pero ir más allá y exigir una orden escrita de la autoridad, y que esa orden cumpla con formalidades propias del procedimiento occidental, sería desvirtuar los procedimientos indígenas. El derecho a la defensa, por su parte, se cumpliría en cuanto exista una posibilidad individual de ser oído, de controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga, sin necesidad de que exista, forzosamente, un abogado. De manera similar deben ser reinterpretadas el resto de garantías del debido proceso, tales como los principios de imparcialidad, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa.

b) NON BIS IN IDEM

Con el fin de analizar los posibles conflictos que puede presentar la justicia indígena frente al principio non bis in idem, considero apropiado citar un caso en el que jueces ecuatorianos ya se pronunciaron sobre el tema. Fue en el ya citado caso de La Cocha, en la provincia de Cotopaxi. En una fiesta familiar celebrada en este lugar falleció un comunero, Maly Latacunga Cuchiparte. La comunidad, como es su costumbre, convocó a las trece comunidades de la parroquia Zumbahua. Estas autoridades resolvieron juzgar a los implicados de acuerdo a sus leyes y costumbres,

imponiéndoles las siguientes sanciones: una indemnización de seis mil dólares americanos para la viuda; destierro de las comunidades por un lapso de dos años; además se les obligó a caminar sobre las piedras y se les ortigó, para luego dejarlos en libertad. Sin embargo, por medio de la televisión, estos hechos fueron conocidos por el Fiscal de Cotopaxi, quien decidió acusar a los implicados, por lo que el caso llegó a conocimiento del Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi. La defensa invocó el principio non bis idem, así como también las respectivas normas de la Constitución y el Convenio 169, reforzadas por el artículo 18 de la Constitución según el cual los derechos y garantías establecidos por la Constitución son directa e inmediatamente aplicables. Invocando el principio non bis in idem, el Juez (encargado) afirmó que no existe mérito para iniciar dicho juicio y declaró la nulidad de todo lo actuado ante la justicia ordinaria. Sin embargo, la Corte Superior revocó este fallo, con el único fundamento de que la causa que provocó la nulidad dictada no tiene influencia en la decisión del proceso. El proceso volvió así a manos del Juez a quo (esta vez el juez titular, no el encargado), quien desestimó la excepción de cosa juzgada y dictó auto de llamamiento a juicio. De este auto se apeló nuevamente, y la Corte Superior, estimó que la alegación del principio non bis in idem puede y debe ser materia de debate y justificación durante la etapa del juicio, por lo que se confirmó el auto de llamamiento a juicio. El juicio aún no se ha llevado a cabo y está en suspenso hasta que los imputados puedan ser detenidos.

En este caso en concreto, es evidente que el criterio de la defensa y del Juez (encargado) del Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi fue el más apropiado, al señalar que “ya existió un juzgamiento que reúne las pocas pero expresas constancias del artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador, por lo que dentro del presente caso es plenamente aplicable la institución argumentada por el Defensor de los imputados NON BIS IBIDEM”. Dado que los comuneros imputados ya fueron juzgados por su comunidad y ya cumplieron su sanción, sería jurídicamente inaceptable que tengan que afrontar otro juicio y cumplir una segunda cadena de sanciones. El principio se vuelve aplicable para todos los casos y debe ser respetado tanto por las autoridades indígenas como por las autoridades estatales, las cuales deben abstenerse de conocer los conflictos que no son de su competencia, y respetar la decisión de la autoridad competente para cada caso. Lo contrario implicaría una violación al número 16 del artículo 24 de la

Constitución según el cual nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa. Lamentablemente, cuando el caso se presentó ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie al respecto, éste prefirió declararse incompetente y no involucrarse en el asunto.

c) RESERVA LEGAL

Conforme al numeral primero del artículo 24 de la Constitución, “nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

En virtud del principio de legalidad se ha afirmado que la justicia indígena sería inaplicable, puesto que sus normas y procedimientos sólo se encuentran en el Derecho Consuetudinario y éste no es un conjunto de normas de fácil acceso y comprobación. Sin embargo, no puede pretenderse aplicar un criterio que proviene del sistema legislativo occidental para determinar la legalidad de las decisiones de una autoridad indígena. La regularidad de una decisión no puede ser controlada por un órgano distinto a la propia comunidad. No existe un criterio de legalidad, sino un criterio de pura legitimidad que está dado por el grado de aceptación de la comunidad de las normas y procedimientos utilizados por la autoridad. La única forma de verificar si la decisión de la autoridad estuvo o no basada en el Derecho consuetudinario es a través de su aceptación por la comunidad. Si la autoridad ha aplicado el Derecho consuetudinario, el Derecho aceptado por la comunidad, ha cumplido con el principio de legalidad.

En virtud del principio de legalidad, entendido en el contexto del Derecho indígena, puede exigirse que las normas y los procedimientos utilizados por la autoridad indígena existan con anterioridad al juzgamiento. No hay espacio para la arbitrariedad de la autoridad, la que está obligada a actuar conforme lo ha hecho en el pasado y basándose en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. “Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo

desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse”⁴¹.

En lo que concierne al ámbito penal, aunque el fenómeno de la tipicidad no se da entre los pueblos indígenas tal como lo entendemos nosotros, ni tampoco conciben estos pueblos la división entre normas penales y civiles, sí se verifica una interiorización de la prohibición por parte de la comunidad, por lo que sí se cumple el objetivo último que proclama el principio de la reserva legal en materia penal. La necesidad de escritura y taxatividad se explica en nuestra sociedad puesto que es el único mecanismo para que nadie pueda eximirse de una sanción en virtud de una supuesta ignorancia de la ley. Sin embargo, en comunidades relativamente pequeñas como las indígenas, donde existen altos grados de integración social, desaparece la necesidad de exigir una norma escrita y con esto el principio de legalidad no deja de cumplirse.

Por tanto, la catalogación o codificación del Derecho consuetudinario no sería la forma adecuada de compatibilizar el Derecho indígena con el principio de reserva legal. Las comunidades indígenas, de hecho, tienen y aplican ciertas normas escritas propias, sobre todo desde que en 1937 se dictó la Ley de Comunas que exige a cada comunidad tener un instrumento jurídico escrito básico, escrito en castellano, para ser reconocida como tal. Es más, según lo confirma el citado estudio antropológico de García Serrano, estos instrumentos jurídicos son utilizados para el manejo de la justicia por parte de las autoridades comunales.

A pesar de la existencia de esta suerte de codificación, que por lo demás no debería ser necesaria, considero que reducir a escrito todo el Derecho consuetudinario indígena sería desnaturalizarlo por completo. Este esfuerzo no sólo sería innecesario sino que contribuiría a la imposición jurídica que hoy se trata de frenar. La necesidad de una norma previa que prohíba una conducta determinada y tenga prevista la correspondiente sanción, se cumple de igual manera en el Derecho indígena. Aunque sus normas no estén escritas, también las autoridades indígenas están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la armonía social⁴².

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349 de 1996

⁴² Así se advirtió ya en este ensayo al tratar el tema del debido proceso

Como explica Stavenhagen, no tiene sentido intentar una lista de las normas y reglas de las comunidades indígenas. Primero, porque esto implicaría extraerlas del contexto social y cultural en el cual se dan. Segundo, porque generalmente el recopilador tratará de encajar las normas en categorías jurídicas preestablecidas por otros contextos (Stavenhagen 32). Adicionalmente, “una posible codificación del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas” (Stavenhagen 43)⁴³.

Finalmente, cabe aclarar que el Derecho consuetudinario indígena no es un conjunto oscuro de normas, y es precisamente por ello que no ha sido necesario reducirlo a escrito. El conocimiento de las normas comunitarias por parte de los miembros de la comunidad es más fácil y real porque las comunidades indígenas son relativamente pequeñas y, en muchos casos, practican una vida en comunidad que los ha integrado a niveles mucho más profundos que los de la sociedad mayoritaria. Poner las normas por escrito, entonces, no es necesario, pues el principio de legalidad se cumple en tanto las autoridades indígenas se remitan a las normas establecidas por su derecho consuetudinario.

d) IGUALDAD Y GENERALIDAD DE LA LEY

A lo largo de este análisis he intentado dejar claro que la aplicación de la justicia indígena no constituye una violación a estos principios. Se ha planteado la necesidad de dar una valoración jurídica a las costumbres que los pueblos indígenas han considerado obligatorias para sus miembros. Sin embargo, esto no implica que se excluya a los pueblos indígenas de la aplicación general de la ley. Como ecuatorianos, todos los indígenas están obligados a respetar la Constitución y la ley. La ley se aplica de manera general para todos, indígenas y no indígenas, y todos gozamos de los mismos derechos y también de las mismas obligaciones.

Sin embargo, existen dos matices. En primer lugar, cuando existe un conflicto interno, la ley general permite que sea el Derecho indígena el que los resuelva, siempre y

⁴³ A lo máximo, podría intentarse, como sugiere el Dr. Santiago Andrade Ubidia, una recopilación de las normas indígenas y de su aplicación a los casos concretos, siempre y cuando esa recopilación no se confunda con una codificación sino que tenga como único objetivo el facilitar a quienes somos extraños al Derecho indígena una mejor comprensión de sus normas y procedimientos.

cuando lo haga apegado a la Constitución y a los Derechos Humanos. En segundo lugar, al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Así lo establece el artículo 8 de la OIT.

Esa misma Constitución que todos debemos respetar, ha afirmado que las autoridades de los pueblos indígenas tienen el derecho de aplicar su Derecho consuetudinario en los conflictos internos que se presenten. Esto no es contrario a la igualdad ante la ley en tanto este principio nos obliga a no negar al resto lo que reclamamos para nosotros. Antes de la vigencia del Convenio 169 y las reformas constitucionales que originó, se les había negado a los pueblos indígenas el derecho a juzgar y decidir sus asuntos conforme a sus costumbres. Este derecho sólo lo tenía la sociedad mestiza. “Un Estado plural supone tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la diferencia” (Villoro 58). La igualdad no puede ser entendida como uniformidad u homogeneidad, sino como un igual respeto de las diferencias.

e) UNIDAD JURISDICCIONAL

Dado que la Constitución misma se refiere a la justicia indígena como una excepción a la unidad jurisdiccional, considero que no cabe detenerse en este punto. La unidad jurisdiccional es un principio pero no es un principio absoluto y las excepciones contempladas por la Constitución deben respetarse.

CONCLUSIONES

Lo que se ha pretendido a través de este ensayo es proporcionar elementos de juicio para una reflexión bien fundamentada tendiente a que el reconocimiento constitucional del derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus propias normas y procedimientos cobre verdadera vigencia jurídica y social en el Ecuador. Este proceso de reflexión debe reconocer que el Derecho indígena no puede ser idealizado, por lo que es de prever que su aplicación provoque una serie de conflictos con el resto del ordenamiento jurídico vigente. Para abordar esos conflictos, es preciso partir de una base teórica que encamine la justicia indígena hacia una convivencia pacífica dentro de los límites del Estado. Pensar dichos conflictos demanda además una sólida disposición al cambio que no puede provenir exclusivamente de los pueblos indígenas ni únicamente del resto de la sociedad.

Como parte de este proceso, es imprescindible que todos valoremos positivamente la diversidad, nos comprometamos a protegerla y nos sepamos enriquecidos por la interacción cultural. El Estado, por su parte, deberá proveer las condiciones para que los pueblos indígenas puedan vivir la diversidad cultural en todas sus manifestaciones, entre ellas el Derecho. Pero además deberá ser el espacio ideal para un constante diálogo intercultural en el cual las distintas culturas puedan ser cuestionadas y criticadas dentro de un marco de respeto y aceptación mutuos.

Hay que tener en mente, además, que para cuestionar al *otro* es preciso, primero, comprenderlo. Juzgar al resto aplicando los valores propios es una actitud etnocentrista que debemos abandonar si queremos ser verdaderamente pluralistas. De la misma forma, se impone dejar de lado ideas que impiden la plena aplicación del Derecho indígena. Me refiero a la teoría que plantea que lo ideal es propender a una cultura nacional homogénea; a la percepción de que la costumbre sólo puede ser una fuente secundaria de Derecho; al capricho de leer jerarquías donde no existen; y a la tiranía de interpretar límites que significarían volver inaplicables los derechos que se han reconocido a los pueblos indígenas.

Para lograr la plena aplicación de las normas constitucionales que reconocen el derecho al propio Derecho, la interpretación constitucional que debe primar es aquella

que permita la máxima vigencia y aplicabilidad de todas sus normas en conjunto. Asimismo, la interpretación de los posibles conflictos entre Derechos Humanos debe ser aquella que respete su integralidad. En estas dos últimas ideas radica el fundamento para respetar la diversidad cultural y jurídica como un Derecho Humano, y para exigir que esa diversidad sea también respetuosa de los mínimos universales de justicia.

No pretendo concluir este ensayo con una redundante repetición de los fundamentos teóricos del pluralismo cultural y jurídico ni reafirmar como definitivas las respuestas que se han dado a las interrogantes que plantea la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador. Escojo concluir con una urgente invitación a la reflexión, al diálogo y al cambio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Andrade Dávila, Juan Carlos. "La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales". En: Iuris Dictio. Año III, Número 6. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2002
2. Andrade Ubidia, Santiago. Entrevista personal. Viernes 14 de noviembre, 2002.
3. Andrade Ubidia, Santiago. "Aportes al debate sobre justicia indígena: Observaciones y sugerencias al anteproyecto de Ley de administración de Justicia Indígena en el Ecuador". En: Iuris Dictio. Año III, Número 6. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2002
4. Ardito, Wilfredo. "Cambios y perspectivas dentro del derecho consuetudinario q'eqchi'". En: Revista Pena y Estado: Justicia Penal y Comunidades Indígenas. Año 4 número 4. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1999.
5. Arvelo-Jiménez, Nelly. "Organización social, control social y resolución de conflictos. Bases para la formulación y codificación del derecho consuetudinario ye'kuana". En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
6. Asamblea Nacional Constituyente, Actas Número 40, 60, 64 y 77.
7. Assies, Willem y Rosa Guillén (compiladores). El reconocimiento de los derechos indígenas: Jurisprudencia colombiana y propuestas sobre la jurisdicción indígena en Ecuador y Bolivia. Tomos I y II. Zamora: El Colegio de Michoacán, Centro de Estudios Rurales, 2001
8. Ballón Aguirre, Francisco. "Sistema jurídico aguaruna y positivismo". En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

9. Banco Interamericano de Desarrollo. Dimensión Internacional de los Derechos Humanos. Washington DC: 1999.
10. Borja Jiménez, Emiliano. Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena. Valencia: Tirant Monografías, 2001.
11. Cabedo Mallol, Vicente José. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Derechos Humanos. www.alertanet.net
12. Cançado Trindade, Antônio Augusto. Voto Concurrente a la Opinión Consultiva 18. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
13. Ceriani Cernadas, Pablo. "La relación entre justicia indígena y estatal". Una aproximación desde la colonia hasta la actualidad. En: Revista de Ciencias Jurídicas "Más Derecho?", Nro. 2. Buenos Aires: Ed. Di Plácido, Diciembre de 2001.
14. Chenaut, Victoria. "Costumbre y resistencia étnica". En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
15. Clavero, Bartolomé. Derecho indígena y cultura constitucional en América. Madrid: siglo XXI Editores, 1994.
16. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, abril 1997.
17. Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-349 de 1996; Sentencia T-428 de 1992; Sentencia T-254 de 1994; Sentencia C-139 de 1996; Sentencia T-349 de 1996; Sentencia T-523 de 1997; Sentencia SU-039 de 1997; Sentencia SU-510 de 1998.
18. Cortina, Adela. Hasta un pueblo de demonios. Madrid: Taurus, 1998.
19. Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza. Lima-Machu Picchu, 28-29 de julio de 2001
20. Díaz Garaycoa, Francisco: "Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional". En: Iuris Dictio. Año III, Número 6. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2002.
21. Díaz Polanco, Héctor. Los Dilemas de la Diversidad. www.alertanet.net
22. Dorotinsky, Deborah. "Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas (1940-1970)". En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo

Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

23. “Dos estafadoras están retenidas”. El Comercio, A 10, 8 de mayo de 2003.

24. “El prototipo de gobierno indígena se ensaya en Cotopaxi”. El Comercio, A 6, 1 de junio de 2003.

25. “En la Sierra centro, la justicia por mano propia continúa”. El Comercio, D1, 12 de mayo de 2003.

26. García Serrano, Fernando. Entrevista Personal. Martes 18 de Noviembre, 2002.

27. García Serrano, Fernando. Formas Indígenas de Administrar Justicia: Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana. Quito: FLACSO, 2002.

28. Gende, Angel. “La autonomía del pueblo Tsa’chila”. En: Aportes al tema de los Derechos Indígenas. Quito: Mesa de Concertación sobre las propuestas del Movimiento Indígena, 1998.

29. Gómez, Magdalena. Derecho Indígena y Constitucionalidad. Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Arica: Marzo, 2000.

30. Grijalva, Agustín. Justicia Indígena y Estatal en Ecuador. Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Arica: 2000.

31. “Guamanloma castigó a 2 presuntas ladronas”. El Comercio, A 2, 9 de mayo de 2003.

32. “Indígenas intentaron ajusticiar a seis presos”. El Comercio, A7, 5 de julio de 2003.

33. Iturralde G., Diego. “Movimiento Indio, costumbre jurídica y usos de la ley”. En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

34. Iturralde G., Diego. “Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado”. En: Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado. Quito: Ediciones Abya-Yala, 1993.

35. Karákras, Ampam. "Nacionalidades Indias y Estado Ecuatoriano". En: Aportes al tema de los Derechos Indígenas. Quito: Mesa de Concertación sobre las propuestas del Movimiento Indígena, 1998.
36. "La armonía de 2 comunidades primó en una sentencia". El Comercio, 20 de mayo de 2003.
37. "La lógica indígena causa polémica". El Comercio, lunes 28 de abril de 2003.
38. "La muerte de 20 huaorani fue por error". El Comercio, 1 de junio de 2003.
39. "Los huaorani, perdonados por los doce asesinados". El Comercio, A6, 26 de junio de 2003.
40. Maldonado, Luis. "El Estado plurinacional". En: Aportes al tema de los Derechos Indígenas. Quito: Mesa de Concertación sobre las propuestas del Movimiento Indígena, 1998.
41. Malgesini, Graciela y Carlos Giménez. Guía de Conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad. Madrid: Catarata, 2000.
42. Martínez, Juan Carlos. Relaciones Judiciales en Contextos Interétnicos. Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Arica: Marzo, 2000.
43. "Nación". En: Borja, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. México D.F.: Fondo de cultura económica, 1997.
44. Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá: Temis, 1997.
45. Olivé, León. Multiculturalismo y Pluralismo. México D.F.: Paidós, 1999.
46. Palacio, Germán. Pluralismo Jurídico. El desafío al Derecho Oficial. Bogotá: 1993.
47. Ponce Villacís, Alejandro. "El derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas". En: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador 1946-1996. Estudios en Homenaje al Cincuentenario de su Fundación. Quito: Biblioteca de Jurisprudencia, 1996.

48. Ponce Villacís, Alejandro. Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Inédito (2).
49. Ponce Villacís, Alejandro. Integralidad y progresividad de los derechos: Los derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales. Inédito (1).
50. Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de Febrero de 1997, en su 95º periodo de sesiones.
51. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. Comisión de Derechos Humanos; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. 46º período de sesiones.
52. Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador.
53. Proyecto de Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador.
54. Ramírez, Silvina. “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En: Revista Pena y Estado: Justicia Penal y Comunidades Indígenas. Año 4 número 4. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1999.
55. Saltos Cisneros, Vanesa. “Derecho indígena: ¿Reconocimiento del ‘otro’ Derecho? En: Iuris Dictio. Año III, Número 6. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2002
56. Sánchez Botero, Esther. Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica. En: www.alertanet.net
57. Sartori, Giovanni. La sociedad multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Madrid: Taurus, 2001.
58. Serrano Pérez, Vladimir. “El Derecho Indígena”. En: Iuris Dictio. Año III, Número 6. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2002
59. Stavenhagen, Rodolfo. “Derecho Consuetudinario en América Latina”. En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

60. Tibán Guala, Lourdes. Derechos Colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador. Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones. Quito: INDESIC y Fundación Hanns Seidel, 2001.
61. Trujillo, Julio César, Agustín Grijalva y Ximena Endara: Justicia Indígena en el Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
62. Trujillo, Julio César: "Administración de Justicia Indígena". En Justicia Indígena. Aportes para un Debate. Judith Salgado, compiladora. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Embajada Real de los Países Bajos; Ediciones Abya Yala, 2003.
63. Trujillo, Julio César. Entrevista Personal. Martes 18 de Noviembre, 2002.
64. Tylor, E.B. Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
65. "Un consejero indígena fue ortigado en la Maná". El Comercio, A 2, 26 de mayo de 2003.
66. Vidal, Ana María. "Derecho oficial y derecho campesino en el mundo andino". En: Entre la ley y la costumbre. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, compiladores. México: Instituto Indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
67. Villoro, Luis. Estado plural, pluralidad de culturas. México, D.F: Paidós, 1998.
68. Walsh, Catherine. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". En Justicia Indígena. Aportes para un Debate. Judith Salgado, compiladora. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Embajada Real de los Países Bajos; Ediciones Abya Yala, 2003.
69. Wray, Alberto. "Justicia Indígena: sus límites constitucionales". En: Iuris Dictio. Año III, Número 6. Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Agosto 2002
70. Wray, Alberto. "El Convenio 169 de la OIT". En: Aportes al tema de los Derechos Indígenas. Quito: Mesa de Concertación sobre las propuestas del Movimiento Indígena, 1998.

71. Wray, Alberto. "El problema indígena y la reforma del Estado". En: Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado. Quito: Ediciones Abya-Yala, 1993.
72. Yrigoyen Fajardo, Raquel. El Carácter Pluricultural del Estado y la Nación y la Justicia Indígena/Campesina. Toronto: www.alertanet.net, 2001.
73. Yrigoyen Fajardo, Raquel. Tratamiento Judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario. Arica, 13-17 de marzo de 2000.
74. Yrigoyen Fajardo, Raquel. "Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)". En: Revista Pena y Estado: Justicia Penal y Comunidades Indígenas. Año 4 número 4. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1999
75. Yrigoyen Fajardo, Raquel. Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el derecho Estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

Dirección:
Pillagua #28, Cumbayá
Quito, Ecuador

Teléfono:
(593)(2) 2896539, (9) 099736402
E-mail: salazaca@hotmail.com

Daniela Salazar Marín

Información Personal	Edad:	24	
	Lugar de Nacimiento:	Quito-Ecuador	
	Ciudadanía:	Ecuatoriana	
Educación	Ago. 98 - Dic. 03	Universidad San Francisco de Quito Colegio de Jurisprudencia Abogada de los Tribunales de la República B.A. en Ciencias Jurídicas Minor en Relaciones Internacionales Suma Cum Laude Lista del Canciller	
	Honores:		
	Ene. 03- Jun. 03	Escuela de Interpretación Simultánea Translúgua Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil Curso intensivo de traducción simultánea: Inglés – Español; Español – Inglés. Alemán – Español; Español – Alemán.	
	Jun. 01 - Ago. 01	Fundación Fabián Ponce O. e Ilustre Municipio de Quito Capacitación en Mediación y Arbitraje Mediadora Autorizada por el Consejo Nacional de la Judicatura	
	Ago. 00 – Dic. 00	Boston College Chestnut Hill, MA. – Estados Unidos. Programa de intercambio	
	Ago. 97 – Jul. 98	Ignaz Kögler Gymnasium Landsberg, Alemania. Programa de Intercambio Rotary Club Clase 13 (Klasse 13)	
	Ago. 95 – Jul. 97	Colegio Menor San Francisco de Quito Bachiller de la República Mejor egresada, clase de 1997	
	Sept. 84 - July 95	Colegio Alemán de Quito	
	Experiencia Laboral y pasantías	Jul. 03 – hasta hoy	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) Asistente de Protección
		Mar. 02 – Jul. 03	Fundación Fabián Ponce O. Area de Mediación Mediadora casos diversos
Jun. 01 – Feb. 02		Fundación Fabián Ponce O. Area Legal Asistencia Legal	

	Feb. 01 – May. 01	Clínicas Jurídicas USFQ Centro de Detención Juvenil "Virgilio Guerrero" Educación Legal a jóvenes detenidos
	Jun. 00 – Ago. 00	Jones, Day, Reavis & Pogue Law Firm Washington D.C, USA Pasantía
	Abr. 00 – May. 00	Ministerio de Relaciones Exteriores Departamento de Naciones Unidas Reporte a las Naciones Unidas 2000 Pasantía
Proyectos de Investigación	Jun. 03 – Jul. 03	Proyecto de Investigación con Alvaro Alemán, PhD. "Ecuador a los ojos de la Literatura Alemana"
	Ene. 03 – Jul. 03	Proyecto de Investigación con Dr. Rodrigo Jijón "El desarrollo del derecho de daños en la jurisprudencia ecuatoriana"
	Ene. 03 – Dic. 03	Tesis para obtener el título de Abogado "Aplicabilidad de la Justicia Indígena en el Ecuador. Una base conceptual y diez preguntas concretas".
	Sept. 02 – Nov. 02	Clínicas Jurídicas USFQ Presentación de <i>Amicus Curiae</i> a la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la Opinión Consultiva OC-18 sobre los derechos humanos de los trabajadores migrantes.
	Feb. 02 – Jun. 02	Proyecto de Investigación con Dr. Farith Simon Informe de Consultoría Organización Internacional del Trabajo OIT "Análisis y Recomendaciones para la mejor regulación y cumplimiento de la normativa nacional e internacional sobre el trabajo infantil y adolescente en Ecuador con especial énfasis en las formas extremas".

Idiomas

Español (nativo); Inglés (excelente); Alemán (excelente).


Daniela Salazar Marín