

#10,00

ÍCONOS

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

No. 38, Septiembre 2010

ISSN 1390-1249

CDD 300.5 / CDU 3 / LC H8 .S8 F53

Vol. 14, Issue 3, September, 2010

Quito - Ecuador

FLACSO - Biblioteca



FLACSO
ECUADOR

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
Sede Ecuador



ÍCONOS. Revista de Ciencias Sociales
Número 38, septiembre 2010
Quito-Ecuador

ISSN: 1390-1249 / CDD: 300.5 / CDU: 3 / LC: H8 .S8 F53
(Vol. 14, Issue 3, September 2010)

Íconos, Revista de Ciencias Sociales es una publicación de Flacso-Ecuador. Fue fundada en 1997 con el fin de estimular una reflexión crítica desde las ciencias sociales sobre temas de debate social, político, cultural y económico del país, la región andina y América Latina en general. La revista está dirigida a la comunidad científica y a quienes se interesen por conocer, ampliar y profundizar, desde perspectivas académicas, estos temas. *Íconos* se publica cuatrimestralmente en los meses de enero, mayo y septiembre.

Para la selección de artículos se utiliza un arbitraje bajo el sistema de doble ciego (*peer review*).

Indexación

Íconos está incluida en los siguientes índices científicos: CLASE (Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales), EBSCO-Fuente Académica, Hispanic American Periodical Index (HAPI), Latindex-Catálogo, REDALyC (Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe), Sociological Abstracts, Thompson Gale (Informe Académico), Ulrich's.

Íconos On Line:

Los contenidos de *Íconos* son accesibles on line en texto completo a través de los portales de CLACSO (www.biblioteca.clasco.edu.ar/), DOAJ (www.doaj.org), FLACSO-Ecuador (www.flacso.org.ec/html/iconos.html), FLACSO-Andes (www.flacsoandes.org/web/cms.php?c=43), REDALyC (www.redalyc.org), y CSIC-CINDOC (e-revist@s).

Los artículos que se publican en la revista son de responsabilidad exclusiva de sus autores; no reflejan necesariamente el pensamiento de *Íconos*.

Todos los textos e imágenes incluidos en esta obra están registrados bajo la licencia Reconocimiento No-Comercial No-Obras Derivadas 3.0 de *Creative Commons* Ecuador (cc by-nc-nd). <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ec/>

Director de Flacso-Ecuador: Adrián Bonilla

Director de Íconos: Mauro Cerbino

Editora de Íconos: María Pía Vera T.

Asistente editorial: Anahí Macaroff

Comité editorial: Liset Coba, Gioconda Herrera, Hernán Ibarra, Hugo Jácome, Eduardo Kingman, Franklin Ramírez, Susana Wapenstein.

Comité asesor internacional: Andrés Guerrero (España), Blanca Muratorio (U. Vancouver, Canadá), Bolívar Echeverría (UNAM, México), Bruce Bagley (U. Miami, EEUU), Carlos de Mattos (PUC, Chile), Flavia Freidenberg (U. Salamanca, España), Francisco Rojas (Flacso, Costa Rica), Javier Auyero (UT- Austin, EEUU), Joan Martínez Alier (U. Barcelona, España), Joan Pujadas (U. Rovira i Virgili, España), Liisa North (U. York, Canadá), Magdalena León (U. Nacional, Colombia), Rob Vos (ISS, Holanda), Roberto Follari (U. Cuyo, Argentina), Víctor Bretón (U. Lleida, España), Lorraine Nencel (CEDLA, Holanda), Cecilia Méndez (U. California, Santa Bárbara, EEUU).

Coordinadores del dossier "Escenarios políticos y regionalismo en América Latina"
Adrián Bonilla y Guillaume Long

Ensayo gráfico e imagen de portada: Eduardo Vélez Arauz

Diseño gráfico: Antonio Mena

Impresión: Rispergraf

Envío de artículos, información, solicitud de canje: revistaiconos@flacso.org.ec

Suscripciones, pedidos y distribución: lalibreria@flacso.org.ec

©FLACSO-Ecuador

Casilla: 17-11-06362

Dirección: Calle La Pradera E7-174 y Av. Diego de Almagro, Quito-Ecuador

www.flacso.org.ec/html/iconos.html

Teléfonos: +593-2 323-8888 Fax: +593-2 323-7960

CDD 300.5 / CDU 3 / LC: H8 .S8 F53

Íconos: revista de ciencias sociales.—Quito: Flacso-Ecuador, 1997-

v. : il. ; 28 cm.

Ene-Abr. 1997-

Cuatrimstral- enero-mayo-septiembre

ISSN: 1390-1249

1. Ciencias Sociales. 2. Ciencias Sociales-Ecuador. I. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Ecuador)

ÍCONOS

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

No. 38, septiembre 2010
ISSN 1390-1249
CDD 300.5 / CDU 3 / LC H8 .S8 F53
Vol. 14, Issue 3, September, 2010
Quito - Ecuador

Sumario

Coyuntura

- Retos de la diversidad: el reconocimiento y aplicación de los sistemas de derecho indígenas ecuatorianos** 9-16
Fernando García S.
- El ITT: prueba de vida** 17-20
Fander Falconí Benítez

Dossier

- Un nuevo regionalismo sudamericano**
Presentación del dossier 23-28
Adrián Bonilla y Guillaume Long
- La inserción internacional de Suramérica: la apuesta por la Unasur** 29-40
Carlos Alberto Chaves García
- Regionalismo y seguridad sudamericana: ¿son relevantes el Mercosur y la Unasur?** 41-53
Augusto Wagner Menezes Teixeira
- Por una política de defensa común latinoamericana: la propuesta venezolana** 55-65
Adriana Suzart de Pádua y Suzeley Kalil Mathias
- El Mercosur agrario: ¿integración para quién?** 67-80
Agostina Constantino y Francisco Cantamutto
- Más allá de las ideologías. El comercio y las finanzas entre Argentina y Venezuela (2003-2008)** 81-93
Mariano Roak y Antonela Giglio
- Chile-Perú: discursos contrapuestos y sus manifestaciones geopolíticas** 95-104
Lester Cabrera Toledo

Los presidentes punk de Sudamérica (una fantasía según los mass media)	106-115
Eduardo Vélez Aráuz	

Debate

El Movimiento Bolivariano en Venezuela: ¿de vuelta al populismo?	119-127
Flávio da Silva Mendes	

Diálogo

El desacuerdo y la política latinoamericana Un diálogo con Benjamín Arditi	131-139
Alexander Amézquita O.	

Temas

La piratería como conflicto. Discursos sobre la propiedad intelectual en México	143-156
José Carlos G. Aguiar	

La construcción social del futuro tecnológico: Suyusama – estudio de caso	157-169
Juan Carlos Moreno O. y Sara Guzmán Ortiz	

Reseñas

Patric Hollenstein “La reproducción de la dominación racial: las experiencias de una familia indígena en Quito” – <i>Carmen Martínez Novo</i>	173-175
---	---------

Kate Swanson “Pidiendo caridad en la ciudad. Mujeres y niños indígenas en las calles del Ecuador” – <i>Erika Bedón</i>	175-178
--	---------

ÍCONOS

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

No. 38, septiembre 2010
ISSN 1390-1249
CDD 300.5 / CDU 3 / LC H8 .S8 F53
Vol. 14, Issue 3, September, 2010
Quito - Ecuador

Summary

Coyuntura

- The Challenges of Diversity: Recognition and Application of the Legal Systems of Indigenous Ecuadorians** 9-16
Fernando García S.
- The ITT: Life at Stake** 17-20
Fander Falconí Benítez

Dossier

- A New South American Regionalism**
Presentación del dossier 23-28
Adrián Bonilla y Guillaume Long
- The International Insertion of South America: the Unasur Gamble** 29-40
Carlos Alberto Chaves García
- Regionalism and South American Security: are Mercosur and Unasur relevant?** 41-53
Augusto Wágner Menezes Teixeira
- Toward a Common Defense Policy for Latin America: the Venezuela Proposal** 55-65
Adriana Suzart de Pádua y Suzeley Kalil Mathias
- Agrarian Mercosur: Integration for Whom?** 66-80
Agostina Costantino y Francisco Cantamutto
- Beyond Ideology. Trade and Finance between Argentina and Venezuela (2003-2008)** 81-93
Mariano Roak y Antonela Giglio
- Chile-Peru: Opposing Discourses and their Geopolitical Manifestations** 95-104
Lester Cabrera Toledo

Visual emergente

- The Punk Presidents of South America
(a Mass Media's Fantasy)** 106-115
Eduardo Vélez Aráuz

Debate

- Venezuela's Bolivarian Movement:
a Return to Populism?** 119-127
Flávio da Silva Mendes

Diálogo

- The Disagreement and the Latin American Politics
An Interview with Benjamín Arditi** 131-139
Alexander Amézquita O.

Temas

- Piracy as conflict. Discourses on Intellectual
Property Rights in Mexico** 143-156
José Carlos G. Aguiar
- The Social Construction of the Technological Future:
Suyusama – a Case Study** 157-169
Juan Carlos Moreno O. y Sara Guzmán Ortiz

Reseñas

- Patric Hollenstein
“La reproducción de la dominación racial: las experiencias
de una familia indígena en Quito” – *Carmen Martínez Novo* 173-175
- Kate Swanson
“Pidiendo caridad en la ciudad. Mujeres y niños indígenas
en las calles del Ecuador” – *Erika Bedón* 175-178

Retos de la diversidad: el reconocimiento y aplicación de los sistemas de derecho indígenas ecuatorianos

The Challenges of Diversity: Recognition and Application of the Legal Systems of Indigenous Ecuadorians

Fernando García S.
Profesor investigador de FLACSO-Ecuador.

Correo electrónico: fgarcia@flacso.org.ec

Fecha de recepción: julio 2010
Fecha de aceptación: julio 2010

Resumen

Este texto analiza el derrotero seguido por los sistemas de derecho de las nacionalidades indígenas ecuatorianas desde su aprobación en la Constitución de 1998 hasta la fecha y su relación con el sistema de derecho ordinario. Con este fin se realiza un acercamiento a la vigencia de la Constitución de 1998 y el de su implementación efectiva hasta el 2008, fecha en la que se aprobó la Constitución actual. Se concluye señalando algunos retos a futuro que plantea el tema de los sistemas de derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria.

Palabras clave: derecho indígena, derechos constitucionales, multiculturalismo, diálogo interétnico, Ecuador.

Abstract

This text provides an analysis of the challenge represented by the legal systems of Ecuadorian indigenous nationalities since the 1998 Constitution was approved until today, and their relation with the ordinary legal system. To that end, we undertake an approach to the period the 1998 Constitution was in force, up to 2008, the year in which the current Constitution was approved. The article concludes by describing some future challenges arising from the subject of indigenous legal systems and its relationship to ordinary justice.

Key words: indigenous justice, constitutional rights, multiculturalism, interethnic dialogue, Ecuador.

A la memoria de Willem Assies¹

En la década de los noventa se inicia en América Latina una etapa de reformas constitucionales cuyo principal objetivo era adecuar las democracias de la región a los requerimientos de una reforma política y una redefinición del Estado. Durante el transcurso del período republicano las élites gobernantes no habían sido capaces de dar respuesta a las demandas provenientes de los pueblos indígenas y afro descendientes, tanto a sus reivindicaciones étnicas y culturales como a su exigencia de superar la exclusión económica y política en la que han permanecido desde la época colonial.

La mayoría de las actuales constituciones latinoamericanas han incorporado en sus textos el carácter pluricultural y multiétnico del Estado, en el caso ecuatoriano y boliviano inclusive se ha reconocido el carácter plurinacional e intercultural del mismo. Estos avances normativos que forman parte de la deuda histórica que con los pueblos indígenas y afro descendientes mantiene el resto del país, compuesto en su gran mayoría por poblaciones mestizas, muestran en el transcurso del tiempo una gran limitación, denominada por Stavenhagen (2008) como “la brecha de la implementación”; es decir, el paso de la norma constitucional a su aplicación constituye todavía un pendiente en la mayoría de países.

Sin embargo, este proceso no es solamente normativo, en los últimos años se han dado cambios significativos que alcanzan el campo cognitivo: la región se ha visto repensada desde la visión de los pueblos indígenas y afro descendientes², incorporando de esta manera

un fructífero diálogo de saberes que permita superar aquellos paradigmas mono culturales propios del mundo occidental. De esta manera se ha dando paso a la diversidad de cosmovisiones y al reconocimiento, a la par, de diferentes formas de explicación de la realidad.

En ese sentido el mundo académico y las ciencias sociales en particular han debido responder a estas nuevas demandas de diversidad desde distintas ópticas disciplinares. Una de ellas es el surgimiento de un nuevo dominio del conocimiento alrededor de la Antropología Jurídica, que juntando los aporte de la antropología y de las ciencias jurídicas pretende analizar en profundidad la relación existente entre la cultura y el fenómeno jurídico (Krotz, 2002).

Volviendo al tema de las reformas constitucionales, una de las más importantes ha sido la relacionada con el reconocimiento de los sistemas de derecho indígenas³ de los pueblos existentes en los países de la región⁴. En este texto, trataré de analizar el derrotero seguido por los sistemas de derecho de las catorce nacionalidades indígenas ecuatorianas desde su aprobación en la Constitución de 1998 hasta la fecha y su relación con el sistema de derecho ordinario. Para lo cual haré un acercamiento por separado de la vigencia de la Constitución de 1998 hasta el 2008, fecha en la que se aprobó la Constitución vigente, para terminar señalando algunos retos a futuro que plantea el tema en debate.

1 Willem Assies (1955-2010) antropólogo holandés, colega y amigo, fue profesor de la maestría de Estudios Étnicos de FLACSO, sede Ecuador, impulsor y defensor del pluralismo jurídico y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina.

2 El sistema FLACSO desarrolla actualmente un interesante proceso de investigación denominado: Repensando América Latina.

3 Definidos como: “una instancia social y política que tiene poder reconocido para administrar justicia, que posee las normas y los medios para crearlas y cambiarlas, autoridades y mecanismos para escogerlas, procedimientos para arreglar disputas, y un conjunto de sanciones para corregirlas” (Yrigoyen 2002: 202).

4 En algunos se les reconoció como fuero especial (Colombia, por ejemplo), en otros casos son reconocidos como sistemas a la par del sistema ordinario. De cualquier manera se trata de la plena vigencia del pluralismo jurídico.

Encantos y desencantos de la constitución de 1998

La principal reivindicación de las nacionalidades indígenas ecuatorianas en las reformas constitucionales de 1998 fue la definición del Estado como pluricultural, multiétnico y plurinacional. Solamente se aprobó las dos primeras características (artículo 1), mientras la tesis de la plurinacionalidad fue rechazada pues se pensó atentaba contra la unidad nacional y abría la posibilidad de crear nuevas “naciones indias”, lo que conduciría a la fragmentación y división del país. Estos fueron argumentos esgrimidos por los asambleístas de los partidos de derecha y por las Fuerzas Armadas consecuentes con la política de seguridad nacional.

Además en la Constitución de 1998 cabe resaltar avances, muy importantes, en el título de derechos fundamentales, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos (artículo 84 y 85); en el título de la función judicial, la aplicación de la justicia indígena y la vigencia del pluralismo jurídico (artículo 191); finalmente, en el título de la organización territorial y descentralización, la creación de las circunscripciones indígenas y afro ecuatorianas (artículos 224, 228 y 241). No hay que olvidar que en la década de los noventa, la mayoría de países latinoamericanos con población indígena, con excepción de Chile, introdujeron reformas constitucionales para ser consecuentes con los avances del derecho internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas, luego de la aprobación en 1989 del convenio No. 169 de la OIT y la ratificación respectiva hecha por cada país.

A la distancia se puede afirmar que estos avances se inscriben en el denominado “multiculturalismo constitucional” (Van Cott, 2005; Clavero, 2006), que más que reconocer la existencia de la diversidad cultural, en realidad, incorporó la dimensión étnica dentro del Estado. Es importante precisar que este intento de reforma del Estado abrió también la puerta a otro tipo de reformas económicas y políticas,

que pretendían la plena vigencia del modelo neoliberal y, en especial, mejorar la eficiencia del Estado, siguiendo los planteamientos del denominado ‘Consenso de Washington’.

En uno de sus últimos trabajos, Clavero (2008) hace un balance sobre el estado de cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina y concluye que hay una gran distancia entre la norma constitucional y su aplicación. Esto, debido en especial a la ausencia del carácter vinculante de la legislación; o, dicho en el lenguaje del enfoque de derechos y garantías planteado por las Naciones Unidas (Cepal, 2006), se reconocen los derechos pero no han sido acompañados por las garantías sociales (políticas públicas, programas y proyectos) que garanticen su cumplimiento.

En esa misma línea de argumentación, el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen (2008), coincide en afirmar que el ciclo de reformas legales que caracterizó a la década de los ochenta y noventa puede evaluarse como “muchas reformas, pero pocos resultados”. El mayor impedimento para el avance y consolidación de los derechos indígenas y afro descendientes ha sido la poca voluntad gubernamental para aplicar esos derechos. Decepciona la doble moral con la que los Estados enfrentan la cuestión étnico-nacional en la región. Por un lado, la legislación afirma el reconocimiento de la diferencia, pero al mismo tiempo los Estados y su clase política dirigente despliegan estrategias políticas y económicas que buscan minar las bases colectivas de los pueblos. Utilizando el lenguaje jurídico-político estatal se privilegia la vigencia de los derechos individuales sobre los derechos colectivos.

Vale la pena mencionar que cuando se alude a la falta de compromiso de los Estados con los derechos indígenas y afro descendientes, no me refiero únicamente a la acción,

omisión y violación desde el poder ejecutivo. Los poderes legislativo y judicial comparten la misma responsabilidad. Respecto al poder legislativo el balance para las nacionalidades indígenas es, igualmente, desencantador. Durante diez años, el Congreso Nacional aprobó dos leyes en su beneficio. La primera, la ley de ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la cual se discutió inicialmente al interior de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) a partir de septiembre de 1998 y, luego de más de tres años de consulta, entre los pueblos y nacionalidades y otras instancias interesadas y estudiosas del tema. El 14 de noviembre de 2001 se presentó oficialmente ante el Congreso Nacional en calidad de proyecto de ley. Luego de un proceso de negociación política con los legisladores, el 18 de diciembre de 2002, la ley fue aprobada en segundo y definitivo debate y fue remitida al Presidente de la República. Con fecha 8 de enero de 2003, el ex presidente Gustavo Noboa Bejarano remitió al Congreso Nacional un oficio comunicando el veto total de la ley, lo cual implicaba que se debía esperar un año calendario para reiniciar una nueva discusión, siempre y cuando se cuente con el voto de las tres cuartas partes de los legisladores.

La otra ley presentada por iniciativa del bloque de diputados del Movimiento *Pachakutik* y denominada “Ley orgánica de las instituciones públicas de las nacionalidades y pueblos del Ecuador”, estaba dirigida a institucionalizar aquellas instancias estatales relacionadas con los pueblos indígenas, las cuales fueron creadas solamente por decreto presidencial. Esta ley fue aprobada el 13 de septiembre de 2007, luego de que el presidente la vetara parcialmente.

El proyecto de ley de compatibilización y de distribución de competencias en la administración de justicia ordinaria e indígena partió de la ejecución de un proyecto financiado por el Banco Mundial y la Corte Suprema de Justicia. El proyecto fue presentado oficial-

mente al Congreso Nacional el 27 de noviembre de 2002. Luego de la revisión de la propuesta por parte de la Comisión especializada permanente de lo civil y penal, se elaboró un informe que contenía 30 observaciones al mencionado proyecto, lo que provocó su declaratoria como ilegal e inconstitucional. En consecuencia, el proyecto ha estado archivado hasta la fecha.

La acción del poder judicial respecto a la aplicación de los derechos de las nacionalidades indígenas, establecidos en la Constitución de 1998, es materialmente mínima e inclusive marca retrocesos. Respecto a la creación de jurisprudencia hay dos sucesos rescatables. El primero, mencionado por la doctora Nina Pacari⁵, magistrada de la Corte Constitucional en transición, tiene relación con el pronunciamiento del anterior Tribunal Constitucional en siete casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos durante el período 1998-2008: en cuatro de ellos a favor y en los tres restantes en contra. La constante en estos casos es que los magistrados prefirieron hacer un análisis de legalidad antes que un análisis de interpretación constitucional, es decir, no privilegiaron una interpretación intercultural del derecho que hubiera marcado un nuevo derrotero en este campo.

El segundo suceso es un caso que constituye el único ejemplo de reconocimiento del derecho indígena por parte del sistema de justicia ordinario. Se trata del caso de la comunidad de La Cocha, en la provincia de Cotopaxi, en el cual las autoridades indígenas juzgaron el caso de un asesinato al interior de la comunidad de acuerdo al derecho propio; luego, este mismo caso por acción de una de las partes involucradas pasó al sistema de justicia ordinaria. En septiembre de 2002 se lleva a cabo la audiencia preliminar ante el juez segundo de

5 Intervención realizada en el Congreso Internacional “Identidad, Desarrollo y Derechos Indígenas en el Área Andina”, realizado del 7 al 9 de julio de 2010 en Quito, organizado por FLACSO-Ecuador y la Universidad de Sevilla.

lo penal de Cotopaxi, encargado del juzgado tercero de lo penal, en donde el fiscal presentó el dictamen acusatorio estableciendo la existencia del delito de asesinato y la culpabilidad de los acusados. El juez, basado en las normas constitucionales y legales y en el convenio No. 169, dictó la resolución de nulidad de todo lo actuado por el fiscal en virtud de que las acciones conocidas ya fueron juzgadas en conformidad a lo que dispone el artículo 191, inciso cuarto, de la constitución política del Ecuador.

Aunque la Constitución ecuatoriana dispone que haya defensores de oficio para pueblos indígenas, el derecho a la lengua materna y a contar con traductores legales en las acciones judiciales iniciadas en su contra, ninguna de estas medidas se han puesto en práctica. La mayoría de operadores de justicia del sistema ordinario no reconocen la vigencia de los sistemas de derecho indígena, tampoco se interesan en conocerlos e, igualmente, no aplican las normas del convenio No. 169 de la OIT, los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas y la reciente declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en sus acciones.

De acuerdo a lo expuesto, en el período post constitucional 1998-2008, los desencantos han sido mayores. Para culminar este apartado me gustaría hacer algunas reflexiones al respecto. A pesar de la inclusión del carácter pluricultural y multiétnico del Estado y del reconocimiento de los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas y pueblo afro ecuatoriano, la Constitución de 1998 no contribuyó a ningún cambio estructural en el país. Más bien contribuyó a la neoliberalización del Estado, a la adopción de políticas de privatización de los servicios estatales y a la explotación, por parte de compañías extranjeras, de los recursos naturales que, en su mayoría, se encuentran en tierras indígenas y afro ecuatorianas. En otras palabras, el Estado definió el marco jurídico para la aplicación definitiva del modelo neoliberal.

El llamado “multiculturalismo constitucional”, planteado por los grupos hegemónicos que han controlado el Estado y que aprobaron la Constitución de 1998, surge como una estrategia de ‘democratización’ siempre y cuando su incorporación no atente contra el poder político y económico establecido. El Estado ecuatoriano ha sido consecuente con la expresión popular: “la norma se aprueba, pero no se cumple”, pues durante diez años no ha puesto en vigencia una política pública de mediano y largo plazo dirigida a las nacionalidades indígenas que forme parte de un plan nacional de desarrollo.

Desde la perspectiva de las nacionalidades indígenas esta situación es ilustrada por la noción de “indio permitido” planteada por Hale (2002), noción que se contrapone a aquella otra expresión recogida por muchos escritores latinoamericanos: el “indio alzado”. En el caso ecuatoriano la estrategia mantenida por los pueblos indígenas de combinar la desobediencia civil (los levantamientos nacionales, por ejemplo) con la obediencia civil (la creación de instituciones públicas indígenas y la conquista del poder local e inclusive nacional por la vía electoral) ha llevado a que la frontera entre ‘uno y otro indio’ se vaya moviendo de acuerdo a la correlación de fuerzas de los movimientos indígenas y del Estado.

La expectativa de la reforma constitucional de 2008

En cuanto al tema de los sistemas de derecho indígenas la nueva Constitución añade tres elementos respecto a la Constitución anterior: la garantía de los derechos de las mujeres y niños y niñas en su práctica, la jurisdicción territorial (artículo 171) y su reconocimiento a la par del sistema de derecho ordinario (artículo 167).

Es preciso mencionar que luego de casi dos años de aprobación de la norma constitucional la función legislativa ha aprobado dos leyes secundarias que concretan el artículo 171. La

primera refiere al nuevo Código Orgánico de la Función Judicial⁶, cuyo Título VIII, artículos 343 al 346, está dedicado a las relaciones entre las dos justicias. El artículo 343 se refiere al ámbito de la justicia indígena en los mismos términos que utiliza el artículo 171 de la Constitución, sin embargo añade un párrafo adicional que dice: “No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”. El artículo 344 hace alusión a cinco principios de la justicia intercultural que deben aplicar los funcionarios de la justicia ordinaria en sus procedimientos: diversidad, igualdad, *non bis in idem*^{*}, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural. El artículo 345 del Código habla de la declinación de competencia de las juezas y jueces en favor de las autoridades indígenas siempre y cuando haya petición de las mismas en tal sentido. Establece el plazo de tres días para probar la calidad de la autoridad indígena peticionaria bajo su propio juramento. Luego de lo cual se procederá al archivo de la causa. El artículo 346 del Código se refiere a la promoción de la justicia intercultural en tres sentidos. El primero, la obligación del Consejo de la Judicatura de designar recursos humanos y económicos para la coordinación y cooperación entre los dos sistemas. El segundo, tiene que ver con la capacitación de servidores y servidoras de la Función Judicial para que “conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas”. El tercer sentido del artículo 346 es mandatorio para el Consejo de la Judicatura, en el sentido de que no tiene ningún tipo de incidencia sobre la naturaleza y funcionamiento

de la justicia indígena, lo cual asegura que las relaciones de coordinación y cooperación están garantizadas por lo menos desde el punto de vista formal.

La segunda ley es la de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en su capítulo IX, artículos 65 y 66, trata sobre la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena. Con esto se pretende garantizar el derecho de aquellas personas que estén inconformes con las decisiones de las autoridades indígenas si violan los derechos constitucionalmente garantizados o discriminan a la mujer por el hecho de ser mujer. Estas personas podrán acudir a la Corte Constitucional e impugnar la decisión. En esta ley se define el ámbito, los principios y procedimientos cuando surjan estas situaciones.

La Corte Constitucional en los dos últimos años ha emitido siete sentencias relacionadas con los pueblos indígenas, dos de ellas merecen ser citadas y comentadas. La primera trata del caso No. 0027-009-AN por la cual la Universidad Amawtay Wasi impugna al Consejo Nacional de Educación Superior (CONE-SUP) su decisión de impedirle abrir sedes fuera de la ciudad de Quito. La sentencia No. 008-09-SAN-CC (9 de diciembre de 2009) da la razón a la mencionada Universidad mediante la aplicación de tres principios:

- El de la Continuidad Histórica: el cual define que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización y sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturales, normas, instituciones jurídico-político-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.
- El de la Diversidad Cultural: a partir del cual, la función de la ley, en el caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciu-

⁶ Para una mayor discusión sobre el tema, ver García (2009).

* Expresión en latín que significa “no dos veces por lo mismo”, este principio que forma parte de los principios constitucionales de algunos países, garantiza a una persona no ser enjuiciada y condenada más de una vez por el mismo delito (N. de la E.).

dadanía, sino “las identidades entre los pueblos”, es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.

- El de la Interculturalidad: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra. El diálogo intercultural, como señala Oscar Guardiola-Rivera (2008: 74), no es otra cosa que: “el diálogo entre las diferentes epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza con la sociedad diversa”.

La segunda sentencia tiene que ver con la acción de inconstitucionalidad presentada por la CONAIE por la aprobación de la Ley Minera por parte de la Asamblea Nacional (caso No. 008-09-11-IN y 0011-09-IN). Los motivos de esta acción se debían a la omisión de la consulta previa prelegislativa (artículo 57, numeral 17 constitucional) y el atentado contra varios derechos colectivos de los pueblos indígenas (artículo 57 constitucional).

La sentencia No. 001-10-SIN-CC (18 de marzo de 2010) desechó la acción de inconstitucionalidad planteada por la CONAIE, sin embargo definió que la consulta prelegislativa no es un mero procedimiento, sino un derecho colectivo de los pueblos indígenas. Por tanto, se norma su procedimiento y se lo exige como mecanismo previo para aprobar las leyes que se aprueben en adelante y que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Retos a futuro

Para terminar, algunas precisiones y propuestas. El reconocimiento de los sistemas de derecho indígena no está en duda, los avances de la Constitución de 2008 muestran que el derecho no puede ser regresivo sino progresivo. Es preciso avanzar en la aprobación de la ley de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema de derecho ordinario, previsto al final del artículo constitucional No. 171. Esta ocasión aparece como una oportunidad propicia para preparar y aprobar dicha ley con la participación de todos los actores involucrados y cumpliendo los requisitos previstos para el efecto, en especial el proceso de consulta previa pre-legislativa mencionada en artículo 57, numeral 17 de la Constitución.

En ese sentido, se encuentra en marcha un proceso de preparación de un proyecto de ley auspiciado por el gobierno (Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) y las organizaciones indígenas nacionales, apoyado por las Naciones Unidas, pero que requiere de soporte y decisión política para su culminación.

Además de la ley es necesario acumular jurisprudencia sustanciada por las diversas instancias de la justicia ecuatoriana (Cortes Provinciales, Corte Nacional y Corte Constitucional) bajo la inspiración de los principios constitucionales y la interpretación intercultural. Estas acciones son básicas para ir discerniendo aquellas situaciones polémicas que muchas veces las leyes secundarias no pueden solventar.

El tema de la práctica del pluralismo jurídico en el país requiere de un debate abierto, interdisciplinario, interétnico, participativo y de carácter académico que de cuenta de la importancia del tema, se trata de una cuestión de interés nacional. Por lo tanto, no cabe que sea tratado en el marco de la pugna política entre el gobierno y el movimiento indígena, se debe

impedir su politización, en beneficio de alcanzar acuerdos al respecto.

Toda esta situación analizada muestra que en el Ecuador hay todavía fuentes de tensión interétnica y de discriminación que faltan por resolver. Distingo por lo menos tres de ellas: el uso y explotación de los recursos naturales y de los conocimientos ancestrales colectivos; la presencia del racismo por parte de la población mestiza hacia los pueblos indígenas y afroecuatorianos; y, por último, la vigencia de los sistemas de derecho indígena y del sistema de derecho ordinario. Cualquier intento de resolución de estos temas activan todavía posiciones esencialistas y cerradas por parte de los diferentes actores. Propongo que parte de la explicación reside en el hecho de que lo que se está disputando son espacios de poder político. En el caso de la justicia esto es claro, su aplicación constituye antes que nada un ejercicio de poder y, por lo tanto, su cuestionamiento genera enfrentamientos y pugnas.

Bibliografía

- Cepal (2006). *Panorama Social de América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Clavero, Bartolomé (2006). “Derecho y cultura: el derecho humano a la cultura propia”. En *Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea. Secretaría de Relaciones Exteriores México, Memoria del Seminario Internacional Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. México D.F.: Secretaría de Relaciones Exteriores México, pp. 29-40.
- (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre constituciones mestizas*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
- García, Fernando (2009). “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”. En *La Transformación de la Justicia*, Santiago Andrade y Luis Ávila, editores. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 479-498.
- Guardiola-Rivera, Oscar (2008). *Being Against the World: Rebellion and Constitution*. London: Routledge / Birkbeck Law Press.
- Hale, Charles (2002). “Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala”. *Journal of Latin American Studies*, Vol. 34, pp. 485-524.
- Krotz, Esteban, editor (2002). *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana.
- Stavenhagen, Rodolfo (2008). *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO.
- Van Cott, Donna (2005). *From Movements to Parties in Latin America: the evolution of ethnic politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Yrigoyen, Raquel (2002). “Perú: Pluralist Constitution, Monist Judiciary-A Post Reform Assessment”. En *Multiculturalism in Latin America. Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Rachel Sieder, editora. London: Palgrave, pp. 184-207.