
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

Perspectivas de la justicia indígena
en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008

Agustín Grijalva*

Sumario

I. Introducción. II. Constitucionalismo plurinacional e intercultural. III. Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. 3.1. La Constitución de 1998. 3.2. ¿Plurinacionalidad o interculturalidad? IV. Avances y límites en el fortalecimiento de derechos colectivos. V. La jurisdicción indígena. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Este artículo analiza la proyección constitucional de los cambios introducidos en la Constitución ecuatoriana del 2008, que establece un Estado plurinacional e intercultural, respecto a la Constitución de 1998, la cual establecía un Estado pluricultural y multiétnico. Aunque el análisis aborda de forma general varias temáticas que estos principios constitucionales cruzan transversalmente, el énfasis se ubica en los derechos colectivos y específicamente en la administración de justicia indígena. En su primera parte, el artículo explora elementos

* Doctor en Jurisprudencia (PUCE) y Politólogo (M.A. University of Kansas, Lawrence. Ph.D (C) University of Pittsburgh). Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

conceptuales constitutivos de un constitucionalismo plurinacional. En la segunda parte se refiere específicamente al caso ecuatoriano.

II. Constitucionalismo plurinacional e intercultural

La diversidad cultural es sin duda uno de los desafíos centrales que afronta el constitucionalismo actual. Ello se debe a los problemas teóricos y prácticos planteados por la coexistencia de grupos humanos con diversas culturas en el territorio de un mismo Estado. Tal coexistencia cuestiona ciertas versiones de conceptos centrales como los de nación, ciudadanía o igualdad, conceptos que a su vez fueron pensados en el marco de los proyectos de Estados (el debate sobre estos temas ha aflorado aún en Europa, la cuna misma del concepto de Estado nacional, incluso en países como Alemania, donde la unidad y homogeneidad han marcado el pensamiento político de un importante sector de constitucionalistas), los cuales han desconocido a los pueblos indígenas sea ignorándolos o pretendiendo integrarlos en una cultura nacional homogénea.

La diversidad cultural no es solo un cuestionamiento externo al sistema de derechos que una Constitución establece, sino que se asienta fuertemente sobre varios de estos mismos derechos. Así, por ejemplo, incluso bajo algunas constituciones europeas que no reconocen a las minorías derechos colectivos de identidad cultural, y para las cuales todos los derechos constitucionales son individuales, el derecho a la libertad religiosa de los inmigrantes y su contexto comunitario ha llevado a plantearse este problema, como ha sucedido por ejemplo en Alemania con el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia¹.

Por otra parte, otros Estados, como por ejemplo Suiza, Bélgica, Canadá, Bolivia o en un sentido más limitado España (la Constitución española no reconoce el carácter plurinacional del Estado, pero su Art.2 incluye una fórmula cercana a esto al reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades que integran España)², reconocen su plurinacionalidad. En efecto, la discusión sobre plurinacionalidad se halla presente también en

1 Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

2 Artículo 2, *Constitución Española*, 1978.

Asia y África, evidenciando el fuerte cuestionamiento político y teórico a la concepción liberal de una sola nación como realidad coincidente con un solo Estado, y planteando frente a ella la coexistencia democrática de varias naciones o nacionalidades en el marco de un mismo Estado³.

Para el constitucionalismo latinoamericano, la diversidad cultural implica un desafío aún mayor y de connotaciones propias. Bajo la presión de los movimientos indígenas y en un esfuerzo de legitimación que problematiza su indudable impronta neo-colonial, varios Estados latinoamericanos han constitucionalizado, bajo fórmulas variables, el derecho a la diversidad cultural y a la identidad. Tal reconocimiento ha incluido expresiones culturales claves de los pueblos indígenas tales como sus idiomas, territorios y sistemas de autoridad y normativos.

El Ecuador, en particular, es un caso interesante en el contexto latinoamericano, porque desde 1998 evidencia un desarrollo importante del reconocimiento de la diversidad cultural a nivel constitucional formal. Este desarrollo, empero, no se ha expresado de forma proporcional en las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia. La Constitución de 1998 estableció un amplio catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero no llegó a dictarse casi ninguna normativa legal al respecto, el Tribunal Constitucional generó una magra jurisprudencia y la mayoría de instituciones públicas actuaban como si tal normativa constitucional no existiera (dos importantes excepciones a esta inefectividad de las normas constitucionales han sido los programas interculturales en salud y educación, aunque es discutible cuánto haya contribuido la Constitución de 1998 a estos procesos). El *constitucionalismo plurinacional* es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.

3 Santos de Sousa, Boaventura, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, CENDA, Santa Cruz (Bolivia), 2007, pp. 17-18.

Lo que James Tully ha llamado *constitucionalismo moderno*⁴, es decir el constitucionalismo liberal clásico, basado en la igualdad formal ante la ley, el Estado nacional centralizado y la ciudadanía culturalmente homogénea, ha sido cuestionado en múltiples aspectos por el propio desarrollo histórico y conceptual del propio constitucionalismo. Un análisis jurídico interesante sobre la crisis actual de la ciudadanía como homogeneidad y su actual desarrollo como derecho a la diferencia puede hallarse en “*El Derecho a la Identidad Cultural como Elemento Esencial de una Ciudadanía Compleja*”⁵ y “*Constitución y Cultura: Retos del Derecho Constitucional del Siglo XXI*”⁶.

Un primer cuestionamiento al constitucionalismo moderno afloró con el surgimiento del Estado social y sus implicaciones: los derechos sociales y la concepción material del principio de igualdad. El Estado social implicó el explícito reconocimiento de las diferencias con miras a lograr una igualdad más real, implicó la visualización de sujetos de derecho distintos a los individuos, y de derechos distintos a los individuales⁷. Con el Estado social, los grupos y los individuos concretos comenzaron a exigir del Estado acciones positivas para lograr una igualdad real, lo cual contrasta con los individuos abstractos y el Estado limitado al *dejar hacer y dejar pasar* propio del constitucionalismo liberal clásico.

Un segundo cuestionamiento provino del federalismo, de las formas descentralizadas de Estado, y de la integración entre Estados. El federalismo significa la institucionalización de la coexistencia de múltiples jurisdicciones, múltiples normativas, múltiples identidades bajo un mismo Estado; en tal sentido constituye una limitación a la centralización y homogenización del poder estatal central. Esa misma orientación, de forma más moderada, caracteriza a los procesos de descentralización y autonómicos. Por otra parte también la integración de los Estados y la consiguiente relativización de su soberanía nacional han tenido un efecto equivalente.

4 Tully, James, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, 1997. Véase también Santos de Sousa, Boaventura, *op. cit.*, pp. 34-35.

5 Salazar Benítez, Octavio, *El Derecho a la Identidad Cultural como Elemento Esencial de una Ciudadanía Compleja*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005.

6 Ruiz-Rico Gerardo y Pérez Nicolás, *Constitución y Cultura: Retos del Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005.

7 Abramovich Víctor y Courtis Christian, “*Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad*”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, España, 2002, pp. 15-47.

El Estado plurinacional e intercultural marca un paso más en este proceso. Como el Estado social y el Estado federal, descentralizado o integrado el Estado plurinacional e intercultural no implica necesariamente la secesión sino su transformación estructural. El constitucionalismo plurinacional no puede sino ser profundamente intercultural, puesto que a él le corresponde constituirse en el ámbito de relación igual y respetuosa de distintos pueblos y culturas a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas y mantener la unidad como garantía de la diversidad:

(A este respecto son sugestivas las palabras de Alain Touraine quien identifica en la democracia cultural esta nueva versión de igualdad como ámbito que hace posible la diferencia entre individuos y entre pueblos: “Es en el extremo opuesto de todo principio universal que se debe buscar un principio de igualdad, en la voluntad y en el esfuerzo de cada uno por ser diferente a todos los demás, por crearse una vida particular”).⁸

El desarrollo del *Estado plurinacional e intercultural*, empero, no ha carecido de tensiones, contradicciones, retrocesos y paradojas. De hecho, una versión o fase del mismo, que se ha venido a denominar *Estado multicultural*, se caracteriza por la integración formal de dimensiones étnicas y culturales en los textos constitucionales. Se trata de un reconocimiento culturalista que abstrae a los pueblos y nacionalidades indígenas de sus concretas condiciones políticas y económicas. Esta abstracción lleva al Estado multicultural a un contrasentido puesto que niega o al menos subvalora las condiciones mismas de existencia de los pueblos cuyas culturas busca defender y promover (para un análisis de este tópico en las constituciones de los países andinos véase; “*Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos*”⁹ y “*Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho*”¹⁰).

8 Touraine Alain, *Igualdad y Diversidad - Las Nuevas Tareas de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

9 Irigoyen Fajardo, *Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos*, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

10 Castro Milka, *Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

Frente a estas limitaciones del multiculturalismo las propuestas de interculturalidad y plurinacionalidad surgen como una crítica y una renovación. Este constitucionalismo no puede sino ser dialógico, *concretizante* y *garantista*.

Dialógico, porque requiere de comunicación y deliberación permanente para acercarse al entendimiento del otro, del diferente. El nivel constitucional cuando atañe a derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas debe operar en términos interculturales. Así, por ejemplo, los tribunales constitucionales, los parlamentos, las instituciones públicas, incluyendo las de defensa de derechos humanos, deben convertirse en verdaderos foros interculturales, fundamento y expresión institucional sólidos de una unidad real de un país, y no de su unificación basada en la opresión y la discriminación.

Concretizante, porque debe buscar soluciones específicas y al tiempo consistentes para situaciones individuales y complejas; y a su vez tales soluciones deben derivar en generalizables para situaciones comparables. Para lograr este encuentro entre norma y realidad social y cultural, la interpretación constitucional debe en sí misma ser intercultural e interdisciplinaria. El intérprete constitucional debe recurrir a un diálogo que le permita entender el punto de vista de una cultura distinta, para ello debe escuchar a los involucrados y auxiliarse además de los conceptos y la indagación empírica de las ciencias sociales, y en especial de la Antropología Jurídica, en este sentido también hay diálogo de saberes.

Un ejemplo de esta situación es la del debido proceso, aunque esta es una noción jurídica, no puede entenderse de idéntica forma en cualquier cultura, un pueblo indígena puede tener un debido proceso muy distinto al de la cultura hegemónica e igual asegurar el derecho a la defensa y la indagación de la verdad. Otro ejemplo es el del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, que debe entenderse siempre en cada contexto cultural. Igual sucede como las de trato cruel, inhumano y degradante, tal cual lo ha evidenciado la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la materia.

Garantista, porque estas soluciones que surgen de la deliberación en torno a problemas y soluciones concretas deben tener por marco la comprensión y vigencia intercultural de los valores constitucionales institucionalizados en los derechos humanos.

Los derechos constitucionales, en consecuencia, no pueden entenderse sino como inherentemente complementarios y de igual jerarquía. Derechos

constitucionales como los de identidad individual y libre desarrollo de la personalidad, religión, conciencia o expresión adquieren una nueva dimensión puesto que incluso los individuos no pueden ejercer tales derechos sino en relación con el *derecho a la cultura propia*, que opera como su condición previa. A su vez, este derecho a la cultura propia no puede absolutizarse hasta el punto de desconocer los mínimos o núcleos esenciales interculturalmente definidos de los demás derechos constitucionales. En otras palabras, el derecho a la identidad y diferencia cultural debe inscribirse en el marco de los derechos humanos conforme van siendo definidos por el Estado plurinacional.

Estas tres características, aunque diferentes se complementan, se requieren recíprocamente entre ellas, pues no hay diálogo intercultural en abstracto y sin los derechos que crean las condiciones de igualdad y respeto que todo diálogo, y más aun un diálogo intercultural requiere.

III. Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador

3.1. La Constitución de 1998

La Constitución ecuatoriana de 1998 ya definía al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico. Aunque esta fórmula podría verse como culturalista y estática frente al énfasis más político y de interacción cultural de la Constitución del 2008 al declarar al Estado plurinacional e intercultural, lo cierto es que la Constitución de 1998 establecía también un amplio catálogo de derechos colectivos y diversas referencias a las culturas indígenas en materias como idiomas, salud o educación; derechos y referencias que la Constitución del 2008 aumenta y enriquece.

A partir de la Constitución de 1998 debían por tanto dictarse diversas leyes, por ejemplo regulando el uso oficial de los idiomas indígenas, la coordinación de las jurisdicciones indígenas con la estatal, la educación y salud intercultural, la regulación de las jurisdicciones territoriales indígenas. Sin embargo, estos desarrollos fueron muy limitados. La pregunta que surge de inmediato es ¿por qué la Constitución de 1998 con sus importantes herramientas normativas para el desarrollo de la diversidad cultural no significó este correspondiente desarrollo institucional? La pregunta es útil no solo para

evaluar la Constitución de 1998, sino también para considerar las perspectivas de la del 2008.

Ha sido en las áreas de políticas públicas en salud y educación donde, pese a diversas limitaciones, puede hallarse experiencias interculturales interesantes, quizá más bien circunscritas a ciertas localidades, pero en todo caso concreciones de la orientación que establecía la Constitución de 1998. Por otra parte, se han creado órganos públicos especializados para la salud y educación intercultural. Lo que resulta más dudoso es que en tales experiencias la normativa constitucional haya tenido un rol decisivo o siquiera importante. Más bien ha sido la propia fuerza y presión de ciertas organizaciones y la apertura de ciertas autoridades locales o estatales lo que parece haber catalizado tales experiencias.

También en cuanto al reconocimiento de la organización social y política de los pueblos indígenas se pueden destacar avances limitados. A raíz de la Constitución de 1998 se creó el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), institución que pese a las falencias que pudieren anotarse, constituye un espacio de institucionalidad pública para los pueblos y nacionalidades indígenas, con cierta autonomía, una Secretaría Nacional de Salud Intercultural, un presupuesto propio, y estructuración relativamente estable en cuanto se halla regulado mediante Ley Orgánica¹¹ a partir de 2007.

La respuesta a la falta de desarrollo de los derechos colectivos indígenas es compleja e incluye variables políticas, sociales y culturales. Aquí ensayamos solo una de las varias explicaciones, de orden institucional. A la Constitución de 1998 no precedió ni siguió el desarrollo de un constitucionalismo pluri-nacional e intercultural, ni un proceso de constitucionalización general y efectivo. Ni los legisladores, ni el ejecutivo, ni el Tribunal Constitucional y otras instituciones públicas de defensa de derechos humanos asumieron efectivamente en su actividad los principios constitucionales de diversidad cultural y étnica.

Un ejemplo de esta falta de desarrollo de la Constitución es el caso de la justicia indígena. Diez años después de dictada la Constitución de 1998 y pese

11 *Ley Orgánica de las Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas*, Registro Oficial 175, 21 septiembre 2007.

a su expreso mandato respecto a dictar una ley de coordinación de justicia estatal e indígena, no se concretó esta ley ni se generó casi ninguna jurisprudencia ni institución que coadyuve a la coordinación de las jurisdicciones indígenas y la estatal. Por el contrario, continuó la criminalización de las actuaciones de las autoridades indígenas, la manipulación y sustitución de la justicia indígena por agentes extraños a ella como son las juntas campesinas, los conflictos intraculturales con los derechos humanos y la superposición de jueces de paz sobre las autoridades ancestrales. En Colombia con una Constitución mucho menos completa que la del Ecuador en cuanto a reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos colectivos, se ha avanzado comparativamente mucho más en materia de justicia indígena y derechos constitucionales.

Estas limitaciones muestran que sin duda el mayor riesgo para el Estado plurinacional e intercultural es su reducción, junto con otros principios constitucionales, a lo nominal, a una suerte de retórica constitucional inoperante o meramente legitimadora frente a las instituciones y la sociedad. Una Constitución no es un texto cerrado, fijo, estático. Si algo nos han enseñado la hermenéutica en general, y la hermenéutica jurídica y constitucional en particular, es que la interpretación no es el hallazgo de algo preexistente sino un verdadero proceso, resultado dinámico del diálogo entre intérprete, norma y contexto. En el caso de una Constitución este proceso debe involucrar a actores sociales, políticos, institucionales y técnico-jurídicos.

3.2. ¿Plurinacionalidad o interculturalidad?

El movimiento indígena ecuatoriano viene desarrollando desde los años ochenta una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y la consiguiente necesidad de un Estado plurinacional, la cual implica un reconocimiento de la diversidad cultural que se proyecta institucionalmente y políticamente en la estructura del Estado. Esta autodefinición se reconoció incluso en la Constitución de 1998, cuyo artículo 83 hacía referencia a “los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales”¹².

En el último proceso constituyente ecuatoriano, sin embargo, un sector de las organizaciones indígenas en la que se incluía la FENOCIN y la FEINE

12 Artículo 81, *Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998.

cuestionó la noción de plurinacionalidad como atentatoria a la unidad del país y la contrastó con la de Estado intercultural, la cual según estas organizaciones sería un tipo de Estado adecuadamente inclusivo, compatible con una concepción igualitaria de ciudadanía. Según este enfoque, mientras que la plurinacionalidad enfatiza la autonomía y la diferencia, la interculturalidad enfatiza las relaciones entre distintos y su encuentro respetuoso y fructífero. La pregunta que surge inmediatamente es si es posible tal encuentro sin condiciones políticas, institucionales y jurídicas que lo hagan posible¹³.

La existencia de estas dos posiciones expresaron antes que diferencias conceptuales distintas alianzas políticas de diferentes organizaciones indígenas, así como diferencias en cuanto al énfasis cultural o político de sus propuestas. Mientras que la propuesta de plurinacionalidad se relaciona más fuertemente con el autogobierno, la participación de los pueblos indígenas en la explotación de recursos naturales, y su representación y participación política en las instituciones estatales, la noción de interculturalidad hace énfasis en las relaciones socio-culturales individuales y colectivas entre pueblos indígenas y especialmente de éstos con la sociedad mestiza. Sin embargo, ni la propuesta de interculturalidad negaba la dimensión de sujetos políticos y económicos de los pueblos indígenas, ni el planteamiento de plurinacionalidad desconocía el carácter esencial que para las propias nacionalidades tiene desarrollar la interculturalidad.

Finalmente prevaleció la idea de que ambas nociones antes que contradictorias son complementarias y por tanto ambas nociones se incluyeron en la Constitución aprobada en Montecristi. En efecto, en correspondencia con esta concepción, el artículo nueve de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que el Ecuador suscribió y que según los artículos diez y once de la nueva Constitución tiene en Ecuador rango constitucional dice lo siguiente: “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de este derecho”. La misma Declaración en su artículo 46 establece que nin-

13 Para mayor referencia sobre este debate, véase Simabaña Floresmilto, *La Plurinacionalidad en la Nueva Constitución*, publicado en Varios, Análisis - Nueva Constitución, Quito, ILDIS, 2008. Internet, www.ildis.org.ec.

guna de sus disposiciones “se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

En definitiva, existe por definición una abismal diferencia entre plantear una reorganización del Estado de forma que exprese institucional y políticamente la diversidad de los pueblos que lo comprenden, y cualquier tesis secesionista que también por definición plantea la división y no la reestructuración del Estado. Es no solo inexacto sino injusto atribuir a la mayor parte de los movimientos indígenas tendencias secesionistas puesto que justamente ellos han contribuido a la definición de un nuevo y único estado intercultural y plurinacional. Boaventura de Sousa Santos ha resumido esta tensión y complementariedad entre diferencia e igualdad de la siguiente forma, por cierto coincidente con las modernas teorías constitucionales sobre el principio constitucional de igualdad:

“Lo que es diverso no está desunido, lo que está unificado no es uniforme, lo que es igual no tiene que ser idéntico, lo que es diferente no tiene que ser injusto. Tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos el derecho a ser diferentes, cuando la igualdad nos descaracteriza”¹⁴.

IV. Avances y límites en el fortalecimiento de derechos colectivos

La nueva Constitución ecuatoriana de 2008 en balance amplía y fortalece los derechos colectivos indígenas incluidos en la Constitución de 1998. Un primer cambio consiste en la titularidad de estos derechos. En la Constitución de 1998 los titulares son solo los pueblos indígenas, y *los pueblos negros o afroecuatorianos* en lo que les fuera aplicable. En el artículo 56 de la Constitución de 2008 se amplían estos derechos también a las *comunidades y nacionalidades indígenas, así como al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios*.

¹⁴ Santos de Sousa, Boaventura, *op. cit.*, pp. 34-35.

En realidad, la Constitución del 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales¹⁵. Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.). Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución del 2008 los denomina “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo diez son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo once, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.

Esta *ampliación de la titularidad* de los derechos implica que los pueblos y nacionalidades indígenas pueden eventualmente demandar como tales no solo sus específicos derechos colectivos sino cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución. Así por ejemplo, una nacionalidad indígena podría demandar contra actos violatorios de los derechos sociales, a los cuales la Constitución denomina derechos del buen vivir o *sumak kawsay*, o los derechos de grupos de atención prioritaria (niños, adultos mayores, mujeres embarazadas, etc.). De esta forma se impide la práctica que venía desarrollando el Tribunal Constitucional del Ecuador de rechazar demandas de los pueblos indígenas por violaciones de sus derechos constitucionales bajo el argumento de que carecían de legitimación activa (capacidad para comparecer en juicio).

Esta universalización de la capacidad para reclamar derechos se corrobora también en la regulación de garantías jurisdiccionales de la nueva Constitución. Estas garantías son los medios procesales para exigir a los jueces que aseguren de autoridades y particulares el respeto a los derechos constitucionales. En la nueva Constitución¹⁶ se ratifica que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Mediante estos principios constitucionales se

15 Trujillo Julio César y Ávila Ramiro, *Análisis - Nueva Constitución*, ILDIS, Quito, 2008, pp. 70 -71.

16 Artículo 86, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008.

intenta pasar de una justicia constitucional altamente formalista, en que el acceso estaba fuertemente restringido, a una amplia posibilidad de actuación por parte de todos los ciudadanos.

En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones respecto a la Constitución de 1998 tienen que ver primero con la inclusión de *nuevos derechos colectivos* tales como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (artículos 57.2 y 57.3), a mantener sus sistemas jurídicos propios¹⁷ (artículo 57.10), constituir y mantener sus propias organizaciones (artículo 57.15), el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectarlos (artículo 57.17), la limitación de actividades militares en sus territorios (artículo 57.20), el derecho a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, y a tener sus propios medios (artículo 57.21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (artículo 57 inciso final).

Por otra parte, algunos derechos colectivos ya establecidos en la Constitución de 1998 fueron ampliados y enriquecidos. Así por ejemplo, el derecho a conservar las prácticas indígenas de manejo de la biodiversidad que ya constaba en el artículo 84.6 de la Constitución de 1998 se complementa con la obligación del Estado de establecer y ejecutar programas de este tipo en coordinación con las comunidades (artículo 57.8). Así mismo, el derecho del artículo 84.14 en la Constitución de 1998 a participar con representantes en organismos oficiales, se amplía al de participar en el diseño de planes y políticas públicas que les afecten (artículo 57.16). En otros casos, los derechos colectivos se desarrollan fuera de su sección específica, cuando la Constitución regula temas de salud, educación, patrimonio cultural, etc.

Respecto de la salud, los artículos 32, 57.12, 358, 360, 362, 363.4 contienen elementos normativos ya no solamente de reconocimiento de las medicinas indígenas y ancestrales, como en la Constitución anterior¹⁸ de 1998, sino además mandato constitucional de buscar su complementariedad con la medicina occidental y de su integración en la red pública integral de salud.

17 La Constitución de 1998 ya lo mencionaba pero no expresamente en el catálogo de derechos colectivos.

18 El artículo 44 de la Constitución codificada en 1998 establecía que el Estado “reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por ley”. La Constitución de 2008, por cierto, elimina tal referencia a la regulación por ley.

El artículo 362 es el que desarrolla más extensamente este principio al establecer: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias”. En definitiva en esta materia se fortalece el principio de interculturalidad.

También en lo relativo a educación se fortalece la interculturalidad¹⁹. Este principio ya constaba brevemente enunciado en el artículo 66 inciso 2 de la Constitución de 1998. Sin embargo, el artículo 28 de la nueva Constitución especifica el principio en estos términos: “Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones”.

Tanto en salud como en educación el desafío que se plantea es el de la articulación de los sistemas nacionales que la nueva Constitución establece para estos nuevos derechos, con la gestión autónoma que desplieguen las propias comunidades, pueblos y nacionalidades.

Pese a estos y otros avances dentro de los derechos colectivos, el derecho colectivo al autogobierno no fue reconocido en los términos explícitos propuestos por el proyecto de Constitución de la CONAIE²⁰. Por otro lado, las normas constitucionales de integración de circunscripciones territoriales indígenas (Art. 257) plantean diversas interrogantes. Tampoco el planteamiento de reconocer al quichua y el shuar como idiomas oficiales en términos de igualdad con el castellano fueron aceptados por la Constituyente.

En cuanto a la transformación institucional, el proyecto de Constitución de la CONAIE planteaba la integración de un legislativo o Asamblea Plurinacional²¹, en la cual los pueblos y nacionalidades indígenas tuvieran sus propios representantes, siguiendo así los modelos de las constituciones de Bolivia, Colombia y Venezuela. La Constitución del 2008 no adoptó este criterio manteniendo a este respecto las nociones de representación política de la Constitución de 1998.

19 Para un análisis del tema ver Vélez, Catalina, *Educación Intercultural Bilingüe y Participación Social*, CARE Internacional, Quito, 2008.

20 Este proyecto establecía en su artículo 34.2: “Derecho al autogobierno en sus territorios y tierras comunitarias e individuales y de posesión ancestral de conformidad a su derecho consuetudinario, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.

21 Artículo 11 del Proyecto de la CONAIE.

Otro debate cuyo resultado fue percibido por varias organizaciones indígenas como fallido hace relación a los efectos del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas respecto a explotación de recursos naturales en sus territorios. En todo caso, un análisis constitucional completo al respecto deberá incluir también la normativa internacional pertinente.

La Constitución de 2008 además vincula la autoridad y el derecho indígena a los territorios de los pueblos y nacionalidades (artículos 57.9 y 171). Este es un asunto complejo puesto que excluiría la competencia de la jurisdicción indígena en razón de las personas (es decir cuando un juez asume competencia para juzgar algo no porque el acto sucedió en determinado territorio, sino considerando las características personales de quien ejecutó el acto), cuando en los hechos estas autoridades resuelven muchos conflictos fuera de tales territorios. En otras palabras se plantea el problema jurídico de si el requisito de territorio es posible cumplirlo especialmente donde éste no está definido, por ejemplo, áreas en las cuales conviven indígenas y no indígenas.

Otro cambio que merece destacarse es el de la restricción de las limitaciones en el ejercicio de los derechos colectivos, mientras que la Constitución de 1998 tenía restricciones mucho más genéricas y amplias pues incluía entre tales límites a la ley y el orden público, además de la propia Constitución y los derechos humanos (Art. 84), la Constitución del 2008 establece exclusivamente a estos dos últimos como límites a tal ejercicio de los derechos colectivos (Art. 57).

En todo caso, como se ha sugerido, y como demostró la experiencia de la Constitución de 1998, las limitaciones al desarrollo de la plurinacionalidad y la interculturalidad vienen más de la dinámica de fuerzas políticas y económicas que de particularidades de las normas formalmente vigentes.

V. La jurisdicción indígena

La Constitución ecuatoriana del 2008 introduce ciertos cambios en materia de justicia indígena respecto a la Constitución de 1998²². Los cambios más

22 Para un análisis de la justicia indígena en la Constitución ecuatoriana de 1998 en comparación con otras constituciones andinas ver Raquel Irigoyen Fajardo, El Reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en los países andinos, en Willem Assies *et al.*, *El Reto de la Diversidad*, El Colegio de Michoacán, México, 1999.

importantes tienen que ver con la participación de las mujeres en los sistemas jurisdiccionales indígenas, así como la ya mencionada vinculación de jurisdicción y territorio (ambos en el artículo 171). Como se dijo, también es importante la disminución de las limitaciones a la jurisdicción indígena, pues la Constitución de 1998 incluía entre estas a la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público, mientras que la Constitución del 2008 hace referencia solo a la Constitución y los derechos humanos. El artículo 189 aclara que los jueces de paz no podrán prevalecer sobre la justicia indígena.

En realidad las referencias a la justicia indígena son más numerosas en la Constitución del 2008, puesto que a diferencia de la Constitución de 1998 constan no solo en el capítulo sobre Función Judicial sino que aparecen también como un derecho colectivo. El artículo 57.10 establece textualmente que se reconoce el derecho colectivo a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. Es importante aclarar que esta referencia a los derechos de las mujeres indígenas ya constaba en el artículo 211 del proyecto de Constitución de la CONAIE, lo cual evidencia que tal limitación fue asumida y propuesta por los propios indígenas.

(El artículo 211 del Proyecto de la CONAIE establece: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, de conformidad con su derecho propio, *siempre que respete la igualdad de género* y no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos y garantizados en ella y en los instrumentos internacionales vigentes”²³.)

El artículo 171 de la nueva Constitución añade algunas normas inexistentes en 1998: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad”. La obligatoriedad de las decisiones de autoridades indígenas es una condición esencial para que haya verdadera jurisdicción indígena e incluso para que ésta no sea criminalizada

23 Art. 211, Proyecto de Constitución de la CONAIE.

por las autoridades estatales y la opinión pública. Respecto al control constitucional sobre la jurisdicción indígena, éste solo podría tener por función ubicar el ejercicio de esta jurisdicción en el marco de una comprensión intercultural de los derechos constitucionales. Su función no es la de desvirtuar la autonomía y diferencia cultural que la propia constitución reconoce y garantiza a esta jurisdicción. Para el efecto la Corte Constitucional deberá asegurar en su funcionamiento institucional algunas formas de análisis o diálogo intercultural.

El problema más complejo que plantea la nueva Constitución en materia de justicia indígena, como se anotó, es el de vinculación entre jurisdicción y territorio indígena. En el caso de las nacionalidades y pueblos amazónicos y ciertas poblaciones de la costa estas normas constitucionales pueden ser operativas. Sin embargo, la exigencia de un territorio definido para ejercer jurisdicción en el caso de la región interandina puede generar graves dificultades. Esta región se caracteriza por la convivencia de indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en las ciudades. En otras palabras, no hay, sino por excepción, la continuidad y delimitación territorial a que hace referencia la norma constitucional.

La dificultad de delimitar los territorios indígenas, especialmente en la región interandina, quedó ya evidenciada a partir de la anterior Constitución. La Constitución codificada de 1998 estableció que mediante ley podían crearse circunscripciones territoriales indígenas. Sin embargo, y pese al intento por formular ciertos proyectos de ley, no llegó a concretarse ninguna circunscripción de este orden. Actualmente, el artículo 257 de la Constitución de 2008 mantiene tales circunscripciones, añadiendo que para integrarse es necesaria la aprobación de su conformación por al menos dos terceras partes de los votos válidos en la respectiva circunscripción. Si se consideran votos válidos los de los indígenas que residen en cierta área, queda la pregunta antropológica de si la identidad o pertenencia a la comunidad de quienes viven fuera de tal área se diluye por haber cambiado su residencia.

Otro interrogante que la Constitución de 1998 planteaba y que la del 2008 mantiene es el relativo a la exigencia que los conflictos sean internos a los pueblos, comunidades o nacionalidades para que puedan ser resueltos por la jurisdicción indígena. El término *conflicto interno* es bastante general y no es claro si se refiere por ejemplo a actos realizados dentro de un territorio

indígena, a conflictos solo entre indígenas o a conflictos interétnicos que afecten directamente a la comunidad. Esta indefinición tiene trascendencia práctica puesto que un gran número de conflictos tienen lugar entre personas de la comunidad y otras personas ajenas a ella, como en los casos de abigeato y robo en general. Es necesario entonces que la ley o la jurisprudencia constitucional dilucidan estos problemas procesales.

Hay que señalar también que al igual que la Constitución de 1998, la Carta de 2008 dispone en su artículo 171.2 dictar una ley que coordine la justicia indígena y la justicia estatal. Se trata básicamente de una ley procesal que distribuya competencias. Otras constituciones latinoamericanas contienen similar disposición en cuanto a dictar tal ley, pero ni Ecuador ni estos países lo han dictado. Al respecto hay que señalar que tal coordinación, como se infiere de lo antes expuesto, no depende solo de una ley sino que puede y debe ser canalizada por la jurisprudencia constitucional y en general por una estructura institucional pública intercultural.

En conclusión, la Constitución de 2008 evidencia múltiples limitaciones respecto a los proyectos de Constitución de varias de las organizaciones indígenas, mientras en materia de derechos colectivos evidencia ciertas innovaciones y desarrollos. ¿Hasta qué punto la nueva Constitución puede marcar un tránsito del Estado formalmente multicultural a un Estado efectivamente plurinacional e intercultural? La respuesta, por supuesto, no se halla solo en la propia Constitución sino sobre todo en la forma como la sociedad ecuatoriana, sus instituciones y las propias organizaciones indígenas den vida a esta Constitución.

VI. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, España, 2002.

Castro, Milka, *Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

CONAIE, Proyecto de Constitución.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

- Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Irigoyen Fajardo, *Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y Retos Epistemológicos y Políticos en Universidad de Chile*, Santiago, 2004.
- Ley Orgánica de las Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas, Registro Oficial 175, 21 septiembre 2007.
- Ruiz-Rico, Gerardo y Pérez, Nicolás, *Constitución y Cultura: Retos del Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005.
- Salazar Benítez, Octavio, *El Derecho a la Identidad Cultural como Elemento Esencial de una Ciudadanía Compleja*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005.
- Santos de Sousa, Boaventura, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, CENDA, Santa Cruz (Bolivia), 2007.
- Simabaña, Floresmilo, “La Plurinacionalidad en la Nueva Constitución”, publicado en Varios, *Análisis - Nueva Constitución*, ILDIS, Quito, 2008.
- Touraine, Alain, *Igualdad y Diversidad - Las Nuevas Tareas de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Trujillo, Julio César y Ávila Santamaría, Ramiro, *Análisis - Nueva Constitución*, ILDIS, Quito, 2008.
- Tully, James, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, 1997.
- Vélez, Catalina, *Educación Intercultural Bilingüe y Participación Social*, CARE Internacional, Quito, 2008.
- Willem, Assies et al., *El Reto de la Diversidad*, El Colegio de Michoacán, México, 1999.