
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

El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico

Christian Masapanta Gallegos*

Sumario

I. Introducción. II. La separación del modelo clásico de Estado-Nación-Estado Plurinacional. 2.1. ¿Qué debemos entender por pluralismo jurídico? III. La diversidad cultural y la cosmovisión de los pueblos indígenas. 3.1. Interpretación intercultural de la Constitución. 3.2. Características de una interpretación intercultural. IV. El campo de la jurisdicción indígena. 4.1. La titularización de los derechos fundamentales para grupos colectivos. 4.1.1. El derecho al territorio y la exigibilidad de los derechos colectivos. 4.1.2. La consulta previa como mecanismo de participación colectiva. 4.1.2.1. Parámetros a tomarse en cuenta para que proceda la consulta. 4.2. La Normativa internacional relacionada con pueblos indígenas como parte del bloque de constitucionalidad. V. A manera de conclusión. ¿Existe tensión entre la justicia indígena y los derechos humanos? VI. Bibliografía.

* Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, UCE; Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, UCE; Magíster en Derecho Constitucional, UASB-sede Ecuador; Magíster en Política Exterior (c), UASB-Sede Ecuador. Ha sido asesor parlamentario; consultor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; actualmente se desempeña como asesor de la Corte Constitucional.

Intentemos que la fuerza sea justa

Blaise Pascal

I. Introducción

Hablar sobre la jurisdicción indígena no es simplemente remitirnos a individuos de una determinada colectividad sujetos a un proceso de juzgamiento; sino que aquella acometida consiste en poner sobre el tablero una serie de problemas jurídicos que han sido invisibilizados históricamente por parte del modelo jurídico hegemónico ecuatoriano, quien amparado en una tradición positivista a minimizado las tradiciones culturales de los pueblos ancestrales.

Mucho se ha criticado respecto de que las prácticas de justicia indígena son violentas, degradantes y contrarias a los derechos humanos, estereotipándolas como prácticas de pueblos incivilizados; pero acaso nos hemos detenido a pensar que aquella realidad obedece a una cosmovisión que dista mucho de la percepción blanco mestiza; relativizándose de esta forma lo que entendemos como manera justa de imponer sanciones.

El presente trabajo gira en torno de una interrogante central en donde más allá del reconocimiento constitucional de los derechos y la justicia indígena nos preguntamos ¿si se ha superado la concepción monista por parte de los operadores judiciales en cuanto a la tutela de los derechos de este colectivo?

En virtud de aquello desarrollamos un análisis del derecho indígena tomando como base las disposiciones contenidas dentro de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano y las normas internacionales que se relacionan con este grupo. En aquel sentido partimos de la concepción del Estado-nación, confrontándola con el Estado-pluricultural, buscando las pautas para justificar reconocimiento de la multiculturalidad dentro de un Estado unitario como el ecuatoriano; descendiendo luego al estudio concreto del derecho indígena, para lo cual nos formulamos una serie de interrogantes: ¿qué debemos entender por Derecho Indígena; cuáles son sus características; en qué consiste el pluralismo jurídico?, etc.; problemáticas que son resueltas con la ayuda de tratadistas nacionales e internacionales conocedores de la temá-

tica planteada. Mediante la aplicación de la teoría de Pierre Bourdieu dentro del campo jurídico hegemónico, analizamos el habitus tradicionalista de los operadores judiciales y la necesidad de una interpretación multicultural del texto constitucional; para luego converger en dos de los principales derechos que son objeto de lucha por parte de los pueblos indígenas como son: la intangibilidad de sus territorios ancestrales y la consulta previa; adicionalmente cómo estos derechos indígenas reconocidos por los instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, realizaremos la justificación respectiva de aquella aseveración apoyándonos en normativa internacional y en resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se establecen parámetros a seguir en cuanto a la tutela de los derechos indígenas; concluyendo con un comentario respecto a si sus prácticas justiciables son atentatorias a los derechos humanos.

Alberto Acosta manifiesta que “la pobreza en el país tiene rostro de indígena”¹, nada más acertado para reflejar la apatía y marginación con la cual se ha manejado a la cultura de estos pueblos y nacionalidades, a quienes bajo la falacia de una igualdad formal se les ha impuesto también la justicia, desconociendo sus prácticas consuetudinarias.

En fin no podemos seguir cegados frente a varias culturas y nacionalidades que coexisten con la cultura hegemónica, debemos generar un proceso de asimilación y diálogo intercultural, en donde se recoja lo bueno de un sistema complementándolo con el otro; no se trata de crear paralelismos en cuanto a la sustanciación de procesos, sino de reconocer que existen personas que por su condición requieren ser tratados de manera especial y que en el ámbito jurídico se debe aceptar y aplicar un derecho indígena a los miembros de estos colectivos, en pos de alcanzar una efectiva administración de justicia.

1 Acosta, Alberto, “El Estado plurinacional puerta para una sociedad democrática”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Acosta Alberto y Martínez Esperanza (compiladores), Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009, p. 16.

II. La separación del modelo clásico de Estado-Nación-Estado Plurinacional

La jurisdicción ecuatoriana históricamente ha sido asimilada como un sistema homogéneo en donde convergen procesos de diversa índole, los mismos que son sustanciados bajo el principio de igualdad ante la ley, con la premisa de que “*la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna*”; esta visión propia de un Estado liberal decimonónico, parafraseando al ilustre maestro Luigi Ferrajoli refleja una actitud sesgada de la administración de justicia ecuatoriana frente a la posibilidad de coexistencia de otras formas de administración de justicia alejadas del modelo hegemónico.

Evidenciándose de esta manera dentro de la realidad jurídica ecuatoriana lo que en término *habermasianos* se conoce como “*procesos de exclusión del otro interno*”, mediante los cuales dentro de una misma sociedad se producen procesos de exclusión y marginación hacia determinados grupos, que terminan siendo los más vulnerables y por ende los más proclives tanto a la indefensión, así como a la imposición de un modelo hegemónico.

Si bien dentro de la normativa tanto constitucional como legal se produce una especie de igualdad formal, aquella se ve mancillada en la práctica en donde una serie de variables operan para que se produzcan procesos de exclusión interna que terminan convirtiéndose en prácticas discriminatorias hacia los sectores más sensibles, aquello se lo ha observado tradicionalmente en el andamiaje judicial ecuatoriano, quienes se muestran reacios a aceptar la coexistencia de otras formas de administración de justicia.

Bajo este escenario la Constitución de la República, siendo la norma principal que guía la estructura del Estado ecuatoriano, consagra al Ecuador como un Estado unitario, intercultural y plurinacional, situación aquella que comporta un compromiso mediante el cual se reconoce la existencia de otras culturas y nacionalidades dentro de su territorio; bajo esta premisa se configura una situación mediante la cual se adopta la visión de un Estado unitario propio de una concepción tradicionalista de Estado-nación, bajo la falacia de una homogenización; excluyéndose por otro lado el reconocimiento de una diversidad cultural expresada en la existencia de varias nacionalidades dentro del territorio estatal.

Precisamente la jurisdicción indígena responde a esta necesidad de respeto de las diferencias culturales existentes entre los diversos grupos sociales que conforman la sociedad ecuatoriana, para quienes su cosmovisión del mundo tiende a ser diferente al modelo tradicional impuesto por la población blanco mestiza y para quienes la satisfacción de la tan anhelada justicia, tiene procedimientos, sanciones y alcances diferentes al sistema jurisdiccional tradicional. Empero, esto genera una gran disyuntiva a la hora de la administración de justicia; evidenciándose una confrontación práctica en cuanto a la administración de justicia dentro del territorio nacional, toda vez que por un lado se encuentra la jurisdicción ordinaria, la misma que responde a un modelo occidental propio de la implementación paulatina de los diversos sistemas jurídicos de corte romano germánico y francés; y por otro lado, la realidad por la que afrontan los diversos pueblos y nacionalidades indígenas, quienes mantienen una administración de justicia con peculiares características, la cual merece una atención especial.

Lo que se plantea mediante este trabajo es intentar una deconstrucción del modelo de Estado nacional, superando este atavismo excesivamente formalista hacia una evolución de un Estado plural en donde se reconozcan las diferencias de determinados grupos, configurándose de esta manera un estado plurinacional y multicultural, en donde se reconozcan los derechos que les asisten a ciertos grupos que como resultado de su proceso de explotación merecen una tutela especial, así como el reconocimiento y vigencia de sus derechos; aquello obedece a una lucha por su reivindicación, la misma que va de la mano con la nueva tendencia constitucionalista del Derecho.

Ya se ha superado la concepción del Estado-nación de corte liberal concebido como unitario y monocultural, en donde se imponía la ciudadanía como señal de pertenencia a un determinado Estado, debiendo para gozar de esta ciudadanía compartir de ciertos elementos como el “civitas” y el “ethnos”, conforme a los cuales se concebía una identidad nacional. La tendencia en la actualidad ha superado esa categorización y prejuicio, concibiendo incluso a los extranjeros como parte del Estado independientemente de su procedencia territorial y aún más reconociendo las tradiciones culturales, así como la justicia de los grupos ancestrales como una realidad dentro de la jurisdicción del Estado unitario.

2.1. ¿Qué debemos entender por pluralismo jurídico?

En esta confrontación del llamado Estado unitario vs. Estado plurinacional, nos surgen varias inquietudes, entre otras la de ¿qué debemos entender por pluralismo jurídico?; debiendo para dar respuesta a esta interrogante mencionar que:

El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción ésta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial (Fitzpatrick 1998). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los estados nacionales².

Entre otros factores el mayor impedimento que se ha encontrado para la implementación de un verdadero pluralismo jurídico se encuentra en la resistencia por parte de muchos judiciales al no concebir al Derecho como una materia interdisciplinaria que debe auxiliarse de otras ramas, así como de otros instrumentos como los tratados y convenios internacionales; situación que se debe en gran medida al fuerte sesgo positivista y a la impronta de un modelo *paleopositivista*.

Lo cierto es que dentro de la dinámica que caracteriza a las ciencias jurídicas se requiere del auxilio de otras disciplinas para lograr implementar una efectiva administración de justicia, realidad que se torna aun más imprescindible cuando se trata de identificar factores tan relevantes y que requieren de conocimiento especializado como la determinación de derechos de una determinada etnia o de un determinado colectivo; es por ello que resulta imprescindible para el juzgador contar con elementos de valor como el peritaje

2 Cruz Rueda, Elisa, "Principios Generales del Derecho Indígena", en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 31.

antropológico en la resolución de conflictos en donde se llegue a determinar a ciencia cierta si se debe aplicar la jurisdicción indígena o la ordinaria.

Se ha evidenciado que los operadores del sistema judicial ordinario no aplican las normas provenientes de la Constitución, ni de instrumentos internacionales en materia de pueblos indígenas, sino cuando aquellas se encuentran expresamente determinadas en una ley³. Este apego irrestricto al texto de la ley, muestra los rezagos de un hábito judicial sesgado por una tradición positivista, cuando la misma Constitución determina que en materia de garantía de derechos se velará por la efectiva tutela de los mismos sin que medie incluso ley; aquello se encuentra consagrado en el Art. 11.3 de la Constitución de la República⁴.

El reto es concebir el principio de la plurinacionalidad como la sustancia fundamental en el ejercicio de la democracia incluyente, pero sobre todo como propuesta de vida diverso y en mayor armonía y cercanía con la Naturaleza; la plurinacionalidad, entonces, no puede dejar de ser leída junto con otras definiciones que tienen que ver con el territorio y con el manejo de las riquezas naturales. Han sido justamente los pueblos indígenas quienes, desde un ejercicio permanente de resistencia y también de construcción se han convertido en actores locales, nacionales e incluso internacionales⁵.

Con este panorama lo que tratamos de demostrar es que en la nueva concepción jurídica garantista los operadores judiciales deben dejar de lado atavismos positivistas y reconocer el pluralismo jurídico existente en el Ecuador; con aquello no se pretende crear una jurisdicción paralela, ni una confrontación entre la justicia ordinaria y la indígena sino lo que se busca es una

3 Poveda, Carlos, "Jurisdicción Indígena", en *Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones*, Revista FORO No. 8, UASB, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007, p. 184.

4 Art. 11.3 CRE. "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. [...] Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento".

5 Acosta, Alberto, *op. cit.*, p. 17.

correcta y diligente administración de justicia acorde con la realidad cultural de quienes la demandan.

La pluriculturalidad o diversidad cultural no es otra cosa que el reconocimiento jurídico expreso de que en un país conviven distintos pueblos; y que, a partir de ese reconocimiento el Estado está obligado a contar con la participación de dichos pueblos.

El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho.

La función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo⁶.

III. La diversidad cultural y la cosmovisión de los pueblos indígenas

La Carta Fundamental de la República del Ecuador reconoce en su Art. 1 la multiculturalidad y la plurinacionalidad; con aquello se pretende precautelar estas concepciones propias de grupos o colectivos que mantienen

⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

una cultura diferente a la hegemónica; considerando que la realidad de estos pueblos ha sido la marginación y discriminación de la cual históricamente han sido objeto, lo cual los ha colocado en un marco de vulnerabilidad evidente.

Es así como, el artículo precitado de la Constitución vigente al declarar el carácter del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, establece el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Este principio es desarrollado también en los artículos 3.3, 10, 57, 60, 171, 242, entre otros. Es más, el Art. 57.9 al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, reconoce los territorios indígenas así como las tierras comunitarias de posesión ancestral en las cuales se desenvuelven los pueblos y nacionalidades indígenas.

Es necesario resaltar en el marco de esta normatividad, que para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (Art. 11.2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (Art. 10). Dicho en otras palabras, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte obligado del Estado para respetar tal diferencia.

De esta manera bajo los parámetros constitucionales se pretende incorporar una nueva visión del derecho en donde se respete e incorpore dentro de la vida jurídica del país esta cosmovisión de los pueblos ancestrales, los cuales tienden a diferir de la cultura llamada occidental, y en virtud de la cual la denominada *comunalidad* va mucho más allá de un simple enunciado y se convierte en una verdadera forma de vida.

La comunalidad es el principio fundante de los principios jurídicos generales del derecho indígena que básicamente son: que la conducta humana esté de acuerdo con 'el orden social y natural' (Regino 2002), que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden (por ejemplo, respeto a la autoridad y a la comunidad), y esas conductas ayuden a lograr la reproducción

y la convivencia armónica —como aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración—. Otros principios son la obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad y el prestigio —que no necesariamente es económico—⁷.

Si realizamos un ejercicio de comparación observaremos que tradicionalmente se han reconocido derechos, exclusivamente desde una perspectiva occidental, en donde los únicos derechos tutelables solían ser los denominados derechos individuales, y particularmente los de una mayoría blanco-mestiza a título de ciudadanos o de organizaciones constituidas al amparo de la libertad de asociación⁸, invisibilizando a los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios entre otros, desplazados históricamente del goce de ciertos derechos inmanentes a todas las personas, bajo la falsa categorización de grupos minoritarios o la búsqueda de una aparente uniformidad identitaria para que de esta forma se configure un “ethnos” que permita la configuración de una ciudadanía homogenizada; empero debemos recordar que nuestra realidad obedece a un proceso de colonización y mestizaje en donde convergieron dos culturas distantes, imponiéndose una sobre otra, pero sin que aquello signifique que la cultura subordinada haya dejado de existir; de esta manera se ha producido un nuevo coloniaje esta vez de tipo cultural, en donde se ha impuesto un modelo occidental en la forma de vida de los pueblos ancestrales, sin respetarse la esencia de las sociedades pluriculturales; es decir, se ha pretendido incentivar una aparente igualdad, siempre y cuando los “otros” —indígenas o grupos minoritarios— se adapten a los modelos im-

7 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, pp. 40, 41.

8 El sentido colectivo desarrollado por la noción occidental tiene su punto de partida en el sujeto individual de derechos, quien, de manera voluntaria, individual y espontánea decide integrar una asociación, un gremio, un comité, en la búsqueda del bien común. En cambio, el sentido colectivo en la noción desarrollada por los pueblos indígenas no surge de un acto espontáneo de dos o más personas, sino que está ligado a dos elementos sustanciales, identidad y territorio; dicho esto, su ser Kichwa, Aymara, Shwar o Kolla no es una cuestión de una voluntad individual ni espontánea sino que nace y vive con esa identidad; en consecuencia, un pueblo o nacionalidad indígena no se equipara jurídicamente a una simple asociación en el sentido civilista, sino que son una realidad histórica, dinámica caracterizada por elementos objetivos (elementos materiales que les distingue como el idioma, las instituciones políticas, organizativas y jurídicas, las tradiciones, la memoria histórica, las creencias religiosas o las costumbres) y subjetivos (conciencia étnica) que no se limitan al simple “ánimo de asociarse”.

puestos por la cultura dominante; cuando en sociedades verdaderamente plurales, aquella igualdad solo se ve plasmada cuando estos colectivos ven plenamente plasmados sus derechos conforme a su cultura ancestral.

En un sentido de construcción democrática, el reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional revela un gran avance en la constitucionalización material de los derechos de los pueblos marginados del Ecuador, su ejercicio revela un compromiso del Estado por superar atavismos históricos de exclusión y racismo, es asumir un compromiso por comprender, conocer y respetar a las otras culturas cuyas tradiciones, costumbres y nociones han sido invisibilizadas; pero sobre todo, comporta asumir una verdadera igualdad en la diversidad entre ecuatorianos y ecuatorianas, independientemente de su procedencia étnica; respetando y haciendo respetar sus creencias y tradiciones, así como sus particularidades; aquello comporta una verdadera igualdad material y no solo una mera enunciación como tradicionalmente se ha venido entendiendo los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Es así como la norma constitucional posibilita el diálogo entre culturas y eso exige la necesidad de comunicación y comprensión, de poner sobre la mesa las formas de generar conocimiento, lo que a su vez significa que pueda identificar lo bueno y criticar lo malo de otra cultura mediante el debate, y de este modo una cultura pueda aprender de la otra y generar el respeto mutuo y materializar la inclusión. El Art. 10 de la Constitución obliga el diálogo epistémico que no es otra cosa que el ejercicio de la interculturalidad que en palabras de Oscar Guardiola Rivera, ha de entenderse como:

La interculturalidad es el diálogo entre las diferencias epistémicos que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tiene 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”.

Como bien lo destaca Alberto Acosta:

La declaratoria del estado plurinacional por parte de la Asamblea Constituyente, en Montecristi, representa, por un lado, un acto de resarcimiento histó-

rico para los pueblos y nacionalidades indígenas. Y, por otro lado, es simultáneamente una oportunidad para que nuestra sociedad aprenda de los otros, asumiendo un compromiso de convivencia democrática y equitativa, en el que la armonía debe ser la marca de las relaciones de los seres humanos entre sí, y de éstos con la naturaleza⁹.

Se debe superar la estrecha vinculación positivista, extremadamente formalista asumida por parte de los operadores judiciales ecuatorianos, quienes mantienen un “habitus” en donde no conciben realizar un ejercicio interpretativo alejado de su visión occidental del derecho. Ergo aquello se debe a una tradición jurídica monista, en donde no se concibe que puedan existir normas alejadas del procedimiento formal de creación de las normas.

Sin embargo esto no quiere decir que el sistema jurisdiccional ordinario e indígena actúen completamente por separado, ya que si bien tanto el derecho positivo como el derecho indígena están sustentados en valores sociales distintos, estos también guardan relación, tanto es así que los indígenas también hacen uso del derecho positivo para solucionar sus conflictos.

La propuesta de Santos resulta muy atractiva para pensar la relación entre los sistemas jurídicos y la construcción del campo jurídico como órdenes policéntricos vinculados entre sí en diferentes escalas. Por ello, el estudio del pluralismo jurídico va más allá de postular la existencia de sistemas normativos diversos, o de formas distintas de derecho: implica también abordar su dinamismo y su complejidad en el contexto histórico de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, así como considerar la situación actual de esa relación y su impacto en la conformación del campo jurídico¹⁰.

El doctor Carlos Poveda Moreno desde el ejercicio de la judicatura comenta respecto a la implementación de mecanismos judiciales para solucionar controversias indígenas:

En mi actividad como ex juez penal implementamos el principio de agotamiento de soluciones internas en un conflicto indígena, que se había judicia-

9 Acosta, Alberto, *op. cit.*, p. 7.

10 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, p. 33.

lizado a través de acciones penales privadas. El mecanismo utilizado para hacerlo efectivo fue el de las audiencias de conciliación, donde previamente se acordaba cumplir las resoluciones comunitarias emitidas por los cabildos para llegar a una transacción. De este modo se respetaba la jurisdicción indígena y se ponía fin a la disputa presentada ante la justicia ordinaria¹¹.

3.1. Interpretación intercultural de la Constitución

El Estado ecuatoriano ha asumido un nuevo rol como Estado constitucional de derechos y justicia, en donde deben respetarse novedosos derechos constitucionales relacionadas con una visión intercultural; así los derechos de la naturaleza, el buen vivir, la participación ciudadana, y la jurisdicción ancestral, reconocidos muchos de éstos en instrumentos internacionales deben ser interpretados en un sentido integral por parte de los operadores judiciales siempre tomando como referente el principio pro ser humano.

La Constitución de la República del Ecuador declara al país como un Estado constitucional de derechos y justicia, acometida que va de la mano con la visión garantista que desea imprimir esta Carta Fundamental a todas las actividades provenientes de los poderes públicos y privados, así como a contribuir a una sociedad más justa participativa y equitativa; con este afán se consagra este cambio de paradigma dentro del marco constitucional ecuatoriano el que refleja además un compromiso serio por parte de los operadores de justicia para hacer válidos estos derechos y garantías consagrados en la Constitución; en aquel sentido se debe entender que todos los jueces y juezas deben asumir el compromiso de tutela de los derechos consagrados en la Constitución.

Sin embargo pese a este imperativo constitucional, en la práctica la jurisdicción indígena ha sido el blanco de serios cuestionamientos por parte de los operadores judiciales del Estado ecuatoriano, pese a que el Ecuador ha ratificado varios convenios internacionales en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y aunque el respeto a la jurisdicción ancestral se encontraba

11 Poveda, Carlos, "Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones", Revista FORO No. 8, UASB-Corporación Editora Nacional, Quito, II semestre 2007, p. 185.

ya incluida dentro del texto de la Constitución codificada de 1998, la constante ha sido la apatía judicial frente a los pueblos y nacionalidades indígenas, lo cual ha denotado un incumplimiento por parte de los operadores jurídicos del precepto constitucional de respeto al derecho consuetudinario; así como la competencia de sus autoridades para ejercer jurisdicción en asuntos relativos a su forma de vida comunitaria; y peor aún la incorporación de la normativa internacional en la materia; en la especie las disposiciones contenidas en los arts. 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT.

Esto denota un rezago en la implementación efectiva de los avances de la normativa internacional en cuanto a la exigibilidad de derechos y su *justiciabilidad* por medio de mecanismos propios de su cultura.

Con el advenimiento del Estado constitucional de derechos y justicia se pretende superar este clivaje histórico en aras de garantizar una tutela judicial efectiva, garantía contemplada en el Art. 75 de la Constitución de la República; entendiéndose por tutela judicial efectiva un acceso a una justicia diligente, para lo cual se debe tomar en cuenta las particulares condiciones como grupo colectivo del sector indígena. Solo de esta manera se estaría garantizando materialmente el deber del Estado ecuatoriano de dotar de una tutela judicial efectiva a todos sus habitantes.

Concomitantemente con aquello se articulan una serie de principios constitucionales que se amalgaman en pos del reconocimiento de los derechos colectivos de grupos excluidos históricamente, es así como bajo el principio de libre determinación de los pueblos, se debe realizar un ejercicio interpretativo respetando las costumbres y tradiciones de estos grupos étnicos, que mantienen sus creencias ancestrales y en la especie su propia cultura jurídica; ya que, alrededor de aquel derecho consuetudinario se articulan instituciones, procedimientos y autoridades propias de su cosmovisión.

Al respecto, Boaventura de Sousa Santos dice:

Habría que reconstruir los derechos humanos en términos interculturales para que puedan dar cuenta de esta enorme diversidad de la dignidad humana, de las diferentes concepciones. [...] en nuestro sistema occidental de derechos humanos hay una asimetría entre derechos y deberes. Solamente damos derechos a quienes podemos exigir deberes. Por eso, la naturaleza no tiene derecho, por-

que no le podemos exigir deberes. Entonces los derechos de la naturaleza, en este marco occidental liberal, son un absurdo, como también lo es atribuir derechos a las futuras generaciones porque no podemos exigirles deberes. Si vamos por las culturas asiáticas, el hinduismo, por ejemplo o, más cerca las culturas indígenas, ahí la asimetría es más profunda, porque no tienen la misma concepción de naturaleza, la misma concepción de futuras generaciones, porque las generaciones pasadas, los antepasados hacen parte viva de la comunidad. Es otro concepto¹².

3.2. Características de una interpretación intercultural

Se debe manifestar que Estado unitario no significa estado uniforme, bajo esa premisa deben respetarse las diferencias culturales existentes así como validarse las distintas formas de administración de justicia ancestral.

Como señala Boaventura de Sousa Santos “las diferencias exigen instituciones apropiadas, las semejanzas exigen instituciones compartidas”¹³. Dicho en otros términos, tanto la cosmovisión occidental como la de los pueblos ancestrales deben coexistir para configurar un verdadero estado plurinacional y generar una herramienta apropiada como la interpretación intercultural.

Conforme lo manifestado en líneas anteriores asumir un compromiso de interpretación integral de los derechos, es dejar de lado un constitucionalismo monocultural que tenía como eje de acción a la cultura occidental en donde no se incluía las realidades ni las particularidades de los pueblos y nacionalidades indígenas consideradas como “minorías”. Actualmente asistimos a un nuevo enfoque mediante un constitucionalismo pluricultural, plurinacional e intercultural, es decir, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, a una “cultura compartida”.

El asumir la interculturalidad como un elemento importante a tomarse en cuenta por los jueces y juezas ecuatorianos comporta un enorme esfuerzo a nivel institucional en donde sus operadores comprendan las nociones de los

12 Santos de Sousa, Boaventura, “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Editorial Abya Yala, Quito, 2009, pp. 24-25.

13 *Ibidem*.

pueblos indígenas, y en caso de presentarse contradicciones, el llamado diálogo intercultural permitirá solucionar problemas que pudiesen presentarse entre culturas.

(Una) democracia intercultural [...] debe tener una nueva generación de derechos colectivos que son los nuevos derechos fundamentales. Por ejemplo, el derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales. Estos son los marcos en los cuales debe plantearse una democracia intercultural¹⁴.

Se debe llegar a un consenso en donde se produzca el respeto de las diferencias, en donde no se mire a las comunidades y pueblos indígenas como “el otro” empleando términos *habermasianos*, sino más bien permitir un Estado inclusivo en donde se respeten las diferencias y se conozca la cultura de pueblos y nacionalidades que también forman parte del Ecuador.

En suma, se debe “reinventar la solidaridad, mediante acciones afirmativas y a través de la denominada discriminación positiva a favor de las comunidades originarias, pero siempre encasilladas dentro de la solidaridad nacional”. (Boaventura de Sousa Santos: 2009). Empero reconociendo la existencia de un campo jurídico indígena con una lógica propia.

Para Carlos Poveda las características de la jurisdicción indígena se las puede destacar en los siguientes puntos:

- a) La jurisdicción indígena es un medio alternativo para la solución de conflictos. Bajo el esquema de una justicia ordinaria se presenta a la jurisdicción ancestral como un procedimiento alternativo es decir como una vía subsidiaria para garantizar el acceso a la justicia de estos pueblos y comunidades.
- b) Los indígenas resuelven litigios internos, que no pueden restringirse exclusivamente al territorio, sino que su alcance debe determinarse con criterios antropológicos. Para este autor no existe un espacio determinado en donde se ejerza jurisdicción indígena ya que los

14 Santos de Sousa, Boaventura, *op. cit.*, p. 56.

- conflictos a veces traspasan una zona circunscrita pudiendo presentarse inclusive fuera del territorio nacional.
- c) Las autoridades de pueblos indígenas lo determinan las propias comunidades según sus reglas. No existe un órgano administrativo como el Consejo Nacional de la Judicatura para la designación de autoridades indígenas encargadas de administración de justicia, esta tarea más bien se lo hace al interior de cada comunidad dependiendo de factores como el reconocimiento interno de las autoridades nombradas dentro del seno de la comunidad; el derecho positivo expresado en el Estatuto de las Comunas Campesinas, se limita a la existencia de un Cabildo debidamente inscrito que exige una organización mínima jerárquica.
 - d) La competencia por materia no es determinada. Con lo cual no existe especialidad de las causas que van a conocer las autoridades competentes indígenas, pudiendo resolver temas de diversa índole¹⁵.

En el estereotipo de la justicia ordinaria se observa a la jurisdicción indígena como una realidad lejana, que encuentra resistencia en el pensamiento netamente formalista de los operadores de justicia ecuatorianos.

Para orientar las decisiones se debe tomar en cuenta un enfoque multidisciplinario en donde además del derecho también se tomen en cuenta a otras disciplinas como la sociología y la antropología, de ahí la importancia de realizar peritajes antropológicos, en aras de precautelar los derechos de estos colectivos, ya que merecen una connotación especial dada sus particularidades culturales, con aquello no queremos ser deterministas y decir que todas las causas que se ventilen en la justicia deben ser objeto de conocimiento de la justicia indígena, escudándose sus integrantes en una aparente procedencia étnica; sino que, dependiendo el caso y la connotación cultural que el mismo asuma, en ciertas ocasiones el aparato jurisdiccional ecuatoriano debe realizar el esfuerzo por tomar en cuenta consideraciones de esta índole para el juzgamiento de un determinado acto.

¹⁵ Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 181.

IV. El campo de la jurisdicción indígena

“Las normas jurídicas indígenas deben ser entendidas en su propio contexto histórico y cultural de subalternidad frente al Estado”¹⁶.

Para desarrollar esta temática nos remitiremos a la Teoría del “campus” y el “habitus” desarrollada por Pierre Bourdieu, con el objeto de situarnos dentro del ámbito jurisdiccional ecuatoriano, y en la especie un subcampo como constituiría la jurisdicción indígena, en donde de acuerdo con sus peculiaridades se han ido incorporando y orquestando una serie de comportamientos que configuran un determinado “habitus” dentro de este sistema.

Bourdieu define al campo social como “*un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se definen las unas con relación a las otras*”¹⁷; el mismo autor aclarando este concepto señala que el campo social constituye “*un espacio social específico*”, en donde las relaciones sociales se definen de acuerdo con un tipo especial de poder, traducido aquel poder en las diferentes formas de capital (económico, social y cultural) con el cual los actores sociales compiten dentro de cada campo específico.

De esta manera el campo jurisdiccional ecuatoriano tiende a ser discriminatorio hacia sectores invisibilizados socialmente como son los indígenas, quienes carentes de poder material debieron allanarse a la imposición de estereotipos occidentales, que se vieron traducidos en varios aspectos de su vida cultural, y entre aquellos en la imposición de un modelo jurisdiccional occidental, en donde se asume al derecho como un todo armónico, sin considerar situaciones especiales de colectivos quienes sostienen una cosmovisión distinta respecto a la justicia.

Para Cabedo: “durante muchísimo tiempo los Estados Iberoamericanos no habían reconocido (y continúan bastantes de ellos sin hacerlos) el derecho consuetudinario indígena. A los indígenas, de acuerdo con el principio de igualdad liberal, se les aplicaba un Derecho, el del Estado, que no era suyo y

16 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, p. 36.

17 Bourdieu, Pierre, “La razón del Derecho: entre hábitus y campo”; en *Poder Derecho y Clases Sociales*, Editorial Desclée de Brouwer S.A, Bilbao, 2000, p. 14.

eran juzgados de acuerdo con unas normas y unos procedimientos que no entendían¹⁸.

En palabras más sencillas el campo social es la historia objetiva el “área de juego” en donde una estructura de actores con diferente poder (capital específico), pretenden imponerse unos a otros. Es así como la jurisdicción occidental históricamente se impuso por sobre la indígena, aquello obedece a un proceso histórico que devino desde la conquista en donde se arrasó con el derecho consuetudinario indígena, sin que esto haya comportado su extinción total.

La relevancia de los asuntos, ya sea que tengan que ver con la familia, con la tierra, con la organización social de la comunidad, o con el cumplimiento de obligaciones entre particulares o ante la colectividad, muestra aspectos sociales fundamentales y claves vinculadas con la historia y la comunidad en su relación con el grupo etnolingüístico al que pertenecen. Por ello, ante un caso concreto, los campos jurídicos pueden imbricarse de forma tal que vean el mismo objeto de forma distinta y den como resultado distintas alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla”. Si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió un error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión. Para el derecho positivo, mantener a alguien en la cárcel no solo es el inicio del proceso de hacer justicia sino también su culminación¹⁹.

Una relación por demás simbiótica opera entre los conceptos campo y capital, puesto que para construir un campo, se debe identificar las formas de capital específico que en él se suscitan. Dentro de cada campo el rol que desempeñan las formas de capital que un agente social posee para entrar a

18 Vicente Cabedo, citado por Raúl Ilaquiche en *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en el Ecuador. Estudio de caso*, ECUARUNARI-INDESIC-Fundación Hanss Seidel, Quito, 2004, p. 19.

19 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, pp. 37- 38.

jugar en un escenario determinados son de trascendental importancia puesto que la posesión o carencia de aquellas formas, así como las relaciones objetivas con otras posiciones (dominación, subordinación, homologación) determinará el acceso a los beneficios que están en juego dentro del campo.

Bourdieu, entre las características del campo social destaca: a) la situación actual y potencial del campo, conocida como situación histórica del campo, de la cual depende la correlación de fuerzas de los grupos de individuos que juegan en ese campo, la distribución del capital y las presiones sociales. Así entendido el campo vendría a constituirse en un grupo de individuos en correlación de fuerzas, ubicados en posiciones distintas (trayectoria social) de acuerdo con el capital; ergo desde el reconocimiento del movimiento indígena en la década de los noventa en el Ecuador, este movimiento fue paulatinamente ganando fuerza, ostentando por ende un poder con lo cual se pudo influir sobre el campo político, traduciéndose también este posicionamiento en el ámbito jurídico; b) el capital específico (económico, social, cultural), que vendrían a constituir requisitos para ingresar y jugar dentro del campo; como resultado de este proceso de empoderamiento político se vio un reconocimiento en cuanto al capital específico del movimiento indígena el cual se vería plasmado en nuevos reconocimientos a sus derechos (acceso al sufragio, derechos colectivos, consulta previa); c) el campo se asemeja a un mercado en donde se produce y comercializa un capital específico; d) existe un proceso histórico de diferenciación de acuerdo a los tipos particulares de legitimidad y de poder, en donde se van especializando las actividades de los operadores, generadas por la división social del trabajo, autonomizándose cada campo según las reglas o doxas impuestas. Cada campo de acción tiene sus reglas, mientras más reglas más autonomía; e) el “campo de poder”, también conocido como campo de los campos, generada a partir de la distribución de capital entre esos diversos campos, enfrentándose los detentadores de diferentes poderes o especies de capital, pretendiendo hacer valer su poder expresado en el capital que poseen, como dominante en el conjunto de campos sociales; y f) la colusión objetiva respecto a los asuntos del juego u orquestación, consistentes en los esquemas de conducta propios de cada agente, son casos específicos que provocan un sentimiento de grupo; esta orquestación genera la “ilusión” o interés en el juego, adhiriéndose al conjunto, para que gracias a este esquema todos estén de acuerdo.

Por otra parte, el “hábitus” consiste en aquel conjunto de disposiciones de los agentes que en las prácticas se convierten en principio generador de es la historia incorporada por medio de procesos de repetición e inmersión. Es el conjunto de dispositivos y principios de acción que generan una orquestación en el comportamiento de los agentes que intervienen dentro del campo social; ese conjunto de esquemas de acción y percepción se gravan o se incorporan en un individuo mediante la acción repetitiva²⁰.

Se menciona que el hábitus es un producto social; este conjunto de disposiciones a actuar, sentir, pensar, percibir no son adquiridas en forma innata o natural sino socialmente, relacionadas con la posición que los agentes o individuos ocupan en el sistema, motivando a su vez un sistema de competencias sociales.

Entre las características del hábitus se destaca: a) se trata de una estructura inconsciente que dirige la práctica y la creación del pensamiento a través de la repetición; b) funciona como un sistema de memoria, que retiene y reproduce las estructuras objetivas socializadas y aprehendidas, reflejando una dicotomía corporal (hexis) y moral (ethos); c) es producto de un proceso de aprendizaje y una inculcación por medio del entorno familiar, social cultural, etc.; constituyéndose un sistema estratificado, hay habitus primarios y secundarios, los primeros consisten en las disposiciones más antiguas y duraderas, condicionando la adquisición posterior de nuevas disposiciones, y los segundos construidos sobre los primeros vienen a redoblar su eficacia; d) refleja una condición de clase, lo cual explica la armonización espontánea de las prácticas de los agentes pertenecientes a una misma categoría social; e) es sistemático (es una estructura *estructurante*), en donde cumple la doble tarea de producir prácticas y producir la capacidad para apreciar esas prácticas; f) refleja durabilidad, permanencia, y transferibilidad, engendrando duraderamente prácticas que luego se transfieren de un campo a otro, de una situación a otra distinta; g) se puede producir un efecto de histéresis al momento de cambio y transformación, prolongándose el efecto que se produce después que cesó la causa que lo originó; y h) se reproduce por medio de prácticas sociales.

20 Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 25.

Pese a todas estas caracterizaciones que tienden a identificar al habitus, debemos manifestar que aquel no se reproduce en forma mecánica, ya que el habitus funciona en relación con el campo social, produciéndose y generándose prácticas distintas según lo que ocurre en el campo.

Y precisamente este habitus judicial es lo que ha impedido la incorporación de los avances en materia de derechos indígenas consagrados en instrumentos internacionales, evidenciándose una subordinación de las instituciones de la justicia indígena al modelo estatal hegemónico.

Dentro de la categorización normativa nos encontramos que la Constitución se halla compuesta por una serie de valores, principios, y reglas, en donde se puede evidenciar normas de derecho civil, penal y procesal; debiendo la jurisdicción ecuatoriana adaptar sus actuaciones no solo a las realidades provenientes del sistema jurídico hegemónico mediante una visión eurocéntrica del derecho, sino también reconociendo la jurisdicción ancestral propia de la cosmovisión de determinados grupos que han sido invisibilizados históricamente por parte de la cultura hegemónica, pero que no por ello dejan de existir, reflejando una realidad en cuanto a la administración de justicia en muchos casos ajena a la concepción de la población blanco-mestiza.

La Constitución de la República del Ecuador dentro de su Art. 171²¹ reconoce a las autoridades indígenas el poder ejercitar jurisdicción en asuntos internos de sus comunidades.

Carlos Poveda manifiesta que los procedimientos consuetudinarios tienen las siguientes características: a) Willachina, que consiste en la formulación de la petición o lo que equivale a la demanda; b) Tapuykuna, que consiste en la investigación del problema; c) Chimbapurana, que consiste en

21 Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. [...] El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

el careo o entrevista cara a cara; d) Killpichirina, que consiste en la imposición de la sanción; e) Allichina, consistente en el arrepentimiento del agresor; f) Kunana, es el Consejo al agresor; g) Paktachina, que es la ejecución de la sanción; y, h) Chisqui Yahsca, que es la limpia o purificación al agresor, que evidencia una similitud al sistema acusatorio oral ecuatoriano, y los principios que lo rigen: intermediación, publicidad, contradicción, oralidad, etc.; observándose un enfoque resocializador por parte del derecho indígena²².

Históricamente se determina que esta facultad data desde tiempos anteriores a la conquista española convirtiéndose en una práctica que permitió la configuración de un derecho consuetudinario por parte de estas poblaciones; en un contexto más formalista se encuentra el Estatuto de las Comunas Campesinas de 1976 el que se muestra como un esfuerzo de acoplamiento de esta jurisdicción indígena dentro de la normativa ecuatoriana; mediante esta normativa se otorgaba a los “Cabildos” la competencia para conocer sobre conflictos de linderos o semovientes, realidad que se mostraba como la de mayor recurrencia por parte de estas poblaciones²³.

Se debe tomar en cuenta que las prácticas consuetudinarias realizadas por las diversas autoridades de los pueblos indígenas han permitido solucionar controversias en el seno de sus comunidades con mucha mayor satisfacción que la justicia ordinaria, la cual es catalogada por los miembros de las comunas como lejana e inequitativa.

Para Elisa Cruz Rueda “la existencia de un derecho indígena es comprensible si el derecho es visto como un universo policéntrico en el que no sólo el Estado es el productor de derecho”²⁴.

En similar línea la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE-, define al Derecho Indígena como:

[...] Un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir que existe una socialización

22 Poveda, Carlos, *op. cit.*, pp. 185, 186.

23 *Ibidem*, p. 180.

24 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, p. 30.

en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantizan el convivir armónico.

El derecho indígena, que tiene su propio sistema de legislación, su administración de justicia, sus sistemas carcelarios, por lo mismo tiene también su fundamento, su base en la costumbre, es decir en el derecho consuetudinario²⁵.

En fin la acometida que se plantea el nuevo constitucionalismo es realizar una interpretación general del texto constitucional, en donde corriendo una suerte simbiótica se realice una interpretación integral del texto constitucional, atendiendo el principio de la diversidad cultural y de la interculturalidad, tendiendo a ser inclusivo al permitir la participación de los diversos sectores de la sociedad ecuatoriana y particularmente la de los pueblos indígenas en la toma de decisiones trascendentales; en aquel sentido el constituyente ha establecido el reconocimiento de varios derechos a los pueblos y comunidades indígenas; así como mecanismos de participación como el derecho a la consulta previa, convirtiéndose esta en la mayor herramienta con la que cuentan estos grupos para hacer valer sus derechos; sin amargo, de aquello nos ocuparemos en los siguientes temas de este trabajo.

4.1. La titularización de los derechos fundamentales para grupos colectivos

Bajo el paradigma neoconstitucionalista el Estado ecuatoriano tiene como imperativo la tutela de los derechos constitucionales, dentro de los cuales los derechos colectivos merecen igual protección, ya que la misma Carta Fundamental proclama dentro de su texto que todos los derechos son directamente exigibles.

Se ha cuestionado mucho acerca de la titularidad de los derechos fundamentales en grupos colectivos; empero aquellos también pueden hacerse extensivos hacia determinadas poblaciones o colectivos como es el caso de

25 Ilaquiche, Raúl, en *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en el Ecuador. Estudio de caso*, ECUARUNARI-INDESIC-Fundación Hanss Seidel, Quito, 2004, p. 24.

la población indígena. En efecto el texto constitucional en su artículo 57 reconoce a “las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas” varios derechos colectivos, los cuales se titularizan a nombre del conglomerado y muchos de aquellos como la propiedad imprescriptible sobre sus tierras y el derecho a la consulta previa bajo la connotación de este colectivo alcanzan la categoría de fundamentales, ya que constituyen elementos imprescindibles para la subsistencia de estos pueblos. Bajo este criterio se estaría justificando la necesidad de reconocimiento del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental para las comunidades y pueblos indígenas, puesto que este constituye quizá el único medio por el cual estos grupos pueden elevar su voz frente a actividades que directamente comprometen con su vida cotidiana, y su cultura; pensar lo contrario sería mantener un rezago tradicionalista y asumir que los únicos derechos fundamentales que merecen ser tutelables son los que guardan estrecha vinculación con la persona en particular.

Esto nos lleva a la conclusión de que debe superar el atavismo que asocia a los derechos fundamentales con valores individualizados en las personas; sino que, estos derechos comprendan también a un determinado conglomerado, de esta forma se puede señalar que los derechos colectivos también asumen una categoría de fundamental en la medida que son importantísimos para mantener la cultura de estos grupos sociales, además así lo han reconocido varios tratados internacionales en la materia; y al ser titulares de derechos constitucionalmente reconocidos, pueden ejercer todas las acciones que la Constitución les faculta ante la justicia.

Si la Constitución reconoce derechos de gran avanzada como el derecho al agua o a la naturaleza, es de esperarse que los mismos puedan ser titularizados por parte de un colectivo, más aún considerando que son derechos que nos interesan a todas las personas.

4.1.1. El derecho al territorio y la exigibilidad de los derechos colectivos

Para la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas la noción de propiedad difiere de la noción eminentemente individualista del mundo occidental, puesto que en las comunidades indígenas operan una serie de va-

lores que configuran una colectivización de la propiedad. Al amparo de esta posición toda la comunidad en conjunto tienen propiedades sociales; siendo en la especie de relevancia la propiedad sobre su territorio, el mismo que dista mucho de la concepción blanco mestiza que lo ve como un simple objeto sujeto a la comercialización como cualquier bien inmueble.

Para los pueblos y comunidades indígenas el territorio va mucho más allá y revela una verdadera forma de vida, es por eso que el arraigo que su pobladores tienen hacia la “pacha mama” merece una connotación especial, puesto que no solo es un objeto de propiedad sino que para ellos constituye parte esencial de su propia existencia.

Elisa Cruz Rueda sostiene que “la ‘tierra’ es un concepto clave para entender la cosmovisión indígena y muestra que su significado en la perspectiva local representa valores que rebasan con mucho el concepto jurídico de propiedad”²⁶.

Para esta misma autora se debe diferenciar los conceptos de tierra y de territorio; así la “tierra” es una porción material —el espacio físico— del territorio, en el cual se pueden realizar diversas actividades humanas. El territorio es un concepto que abraza a la tierra, pero que incluye otros elementos y atributos, como el espacio físico, pero también el poder y por consiguiente el control de los recursos humanos y materiales (como los biológicos y minerales del suelo y subsuelo)²⁷.

Otros autores como Arcos (1998) definen al territorio indígena como: “el horizonte espacial en el que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y sus relaciones de poder”; y Giménez (2000) lo define como: “el espacio apropiado y valorado por el grupo social para asegurar su reproducción y satisfacción de sus necesidades vitales, ya sean materiales o simbólicas; como lugar de inscripción de una historia o una tradición colectiva, la tierra de los antepasados, el recinto sagrado, repertorio de geosímbolos, bien ambiental, patrimonio valorizado, solar nativo, paisaje natural y símbolo metonímico de la comunidad”²⁸.

26 Cruz Rueda, Elisa, “Introducción”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales*; Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 19.

27 *Ibidem*, p. 45.

28 Citados por Elisa Cruz Rueda en *Principios Generales del derecho Indígena*, op. cit., p. 45.

En cuanto al reconocimiento de este derecho colectivo al territorio ancestral la propia Constitución del Ecuador lo ha recogido en su Art. 57 numerales 4, 5, 6 y 9 que consagra respectivamente los derechos colectivos a “conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles [...]”; “mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita”; así como “participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras”; “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social y de la generación de autoridad, en sus propios territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”.

También existe una extensa jurisprudencia internacional respecto a la tutela de este derecho colectivo; como precedente podemos señalar el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* en donde la idea de que el territorio es la base del ejercicio de todos los demás derechos colectivos de las nacionalidades indígenas; aquello también ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de la Comunidad Mayagna (2001), en donde se declaró que:

los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra que debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual el que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²⁹.

Adicionalmente el Convenio 169 de la OIT consagra en varios de sus artículos la tutela del territorio y costumbres de estos pueblos ancestrales³⁰.

29 Corte Interamericana de derechos humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y costas), Serie C No. 79, párrafo. 149.

30 Artículo 4:

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

De igual manera el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra este derecho. Asimismo, en el caso Mayagna la Corte señaló que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 13:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal³¹. De igual manera, en el caso Sawhoyamaxa la Corte consideró “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’³². Además, el Tribunal señaló en el caso Yakye Axa que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”³³.

Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que:

Artículo 16:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y su reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

31 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra nota 49, párrafo 148.

32 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párrafo 120 (citando Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra nota 49, párrafo 149).

33 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 143.

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras³⁴.

En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica³⁵. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

34 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 149. *Cfr.* también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 131.

35 *Cfr.* Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párrs. 118-121, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 124, 131, 135 y 154. *Cfr.* también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 75/02, Case 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (haciendo énfasis en que “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”).

4.1.2. La consulta previa como mecanismo de participación colectiva

El artículo 57 numerales 7 y 17 de la Constitución ecuatoriana³⁶, establecen el derecho de las comunidades y pueblos indígenas para que se lleve a cabo la consulta previa; aquello se encuentra respaldado además de la Constitución en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 6 numeral primero dispone “Los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”; la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una jurisprudencia sólida en relación con los derechos de las comunidades étnicas y el derecho de consulta prelegislativa fundamentándola en la naturaleza del Estado Constitucional y en las obligaciones de la incorporación del bloque de constitucionalidad; destaca la obligatoriedad de la consulta cuando se trata de medidas legislativas que desarrollan disposiciones del Convenio 169 de la OIT, es decir, todas las medidas relativas a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas o tribales deben ser objeto de consulta

4.1.2.1. Parámetros a tomarse en cuenta para que proceda la consulta

El mecanismo de la consulta propende a incluir a las comunidades dentro de la promulgación de una ley, la misma que al ser entendida como una expre-

36 Art. 57. “Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (7) La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no rentables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y a la ley; [...] (17) Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”.

sión de la voluntad soberana, tiende a la participación de grupos o colectivos sobre los cuales podría tener afectación, es por ello que la consulta previa a las colectividades y pueblos indígenas resulta imperante dentro de una democracia participativa e inclusiva.

Empero, aquel procedimiento de consulta debe operar no como un simple formalismo sino que en un papel tutelar que debe producirse mediante un diálogo permanente sobre los asuntos que les pueda causar alguna afectación; es así como se determina que la consulta previa amerita una permanente información sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras, es por ello que las normas a las que hace relación la presente demanda de inconstitucionalidad guardan estrecha relación con estas actividades dentro de los territorios de las comunidades indígenas.

De igual manera la realización de estas actividades influyen directamente sobre su vida, pudiendo afectarles ambiental o culturalmente; es con aquel espíritu que también se les concede el derecho a participar en los beneficios que por concepto de dichas actividades comporten, y en caso de ocasionarse perjuicios sociales, ambientales o culturales, podrán recibir indemnizaciones. Es por ello, que la Constitución establece que esta consulta debe ser obligatoria, adecuada y oportuna, por lo que no se puede evitar aquel procedimiento antes de la promulgación de una ley que pueda afectar a estas comunidades, y por otro lado esta consulta debe producirse de manera oportuna, puesto que de nada serviría una consulta realizada con posterioridad a la promulgación de la misma; ya que lo que se pretende es precisamente la participación comunitaria previa a la adopción de una norma en el ordenamiento jurídico nacional.

En atención al derecho a la consulta previa consagrado en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador; así como en el Convenio 169 de la OIT el mismo que ha sido ratificado por el estado ecuatoriano para que se produzca la misma deben operar los siguientes requisitos³⁷.

³⁷ Según lo dispone el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, respecto a la consulta previa los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales

1. La consulta debe ser realizada con carácter previo. Por medio de lo cual la consulta previa a colectividades y a pueblos indígenas que pudieren tener afectación con la promulgación de una determinada ley debe darse con anterioridad a que la mentada ley entre en vigencia, si las reuniones se dieron con posterioridad no se cumpliría en esencia con el espíritu de la consulta que tiende hacia una participación de los grupos interesados en la temática que aborda la Ley, además las comunidades involucradas deben ser incorporadas inmediatamente al proceso de creación de la norma. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece la obligación de la consulta previa en su artículo 19; adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Americana en el caso *Saramaka vs. Surinam* ha determinado que: “se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan [...] y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”³⁸. Aquello denota que los pueblos y comunidades deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción de la Ley la omisión de aquello generará la inconstitucionalidad de la normativa expedida por el legislador, ya que se estaría violentando el espíritu garantista que la Constitución aporta para la participación de los pueblos y comunidades en el debate de leyes que afecten sus intereses.
2. La consulta no se agota con la mera información. Cabe destacar que el derecho a la consulta previa es mucho más extenso que una sim-

los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; adicionalmente [...] Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*, párr. 134.

ple participación en seminarios o talleres informativos respecto al contenido de una determinada Ley que pudiese afectar a una colectividad. Los órganos de control de la OIT han señalado que la celebración de audiencias con determinados dirigentes indígenas no se ajustan a la consulta previa.

3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. El consentimiento es un elemento primordial que debe estar presente en todo acuerdo, es por ello que aquel debe producirse en un ambiente de confianza mutua entre las partes que tienden a llegar a un consenso. En el caso de la consulta previa aquella no debe ser entendida como un mero formalismo, sino como un “verdadero instrumento de participación”³⁹. Es importante generar un ambiente de confianza debido a la situación histórica de marginación por la que se han visto atravesadas las relaciones de los pueblos indígenas con la población blanco mestiza y el Estado. Por tanto, debe operar un procedimiento de diálogo respecto al procedimiento en que se va a llevar a cabo la consulta, en donde se escuchen e incorporen las demandas legítimas de estos pueblos y nacionalidades a la luz de los derechos reconocidos tanto en la Constitución ecuatoriana, así como en los diversos instrumentos internacionales. En este contexto, incluso, la elaboración de los procedimientos para la consulta previa debe formularse con la plena participación de los pueblos indígenas.
4. La consulta debe ser adecuada a través de las instituciones representativas indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam ha establecido una línea jurisprudencial en virtud de la cual el Estado debe consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones; esta

39 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que alega el incumplimiento por parte de Brasil sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número 169), presentado en virtud del artículo 24 de la constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB. 295/17; GB. 30/14/7 (2006), párr. 42.

consulta a través de instituciones representativas que vienen a ser los pueblos indígenas y sus autoridades generadas según sus usos y costumbres, debe obedecer a principios de proporcionalidad y no discriminación en donde se haga partícipe a todas los pueblos y nacionalidades indígenas que tuvieren interés en una determinada Ley, esta representatividad debe responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas, de género y generación (el ayllu-familia/comunidad), de generación de autoridad, de idioma del pueblo o pueblos consultados; y ante la imposibilidad de contar con todas los pueblos o nacionalidades se deben buscar procedimientos para hacer partícipe de la consulta al mayor número de pueblos posibles teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes.

5. La consulta debe ser sistemática y transparente. La consulta debe responder a procedimientos en donde se permita el legítimo derecho de contradicción, en virtud del cual los pueblos y nacionalidades puedan realizar críticas a los proyectos o a su vez proponer iniciativas a ser incorporadas en un determinado proyecto, además estos debates deben ser dados con total transparencia para de esta manera materializar la inclusión y la legitimidad en la promulgación de la norma de lo contrario la misma será blanco de serios cuestionamientos, es más, lo sistemático alude a que la consulta debe ser parte de un proceso continuo de participación.
6. Alcance de la Consulta. Conforme lo establece la Constitución del Ecuador en su artículo 57 numeral 7 la consulta previa es obligatoria tratándose del ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades; ante lo cual dicho alcance de la consulta reviste una importancia trascendental ya que en caso de no darse cumplimiento a este mandato constitucional, no tendrá valor la norma incorporada al ordenamiento jurídico.
7. La consulta, deber intransferible del Estado. No obstante el Ecuador haber ratificado el Convenio 169 de la OIT en 1998, la su-

puesta consulta a los pueblos o nacionalidades indígenas se ha venido realizando de manera inadecuada por el sector privado interesado en la explotación minera, petrolera o ejecución de algún programa o proyecto, convirtiéndose en juez y parte. De acuerdo con la norma constitucional y al Convenio 169 de la OIT, la obligación de la consulta es un deber intransferible del Estado.

8. El proceso de consulta debe ser realizado en buena fe. Así lo determina el Convenio 169 de la OIT que integra el bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 424 de la Constitución. Además, el Ecuador ha ratificado la Convención de Viena sobre los tratados que, en su artículo 26 contempla el principio *pacta sum servanda*, esto es, el Estado no puede alegar falta de legislación para eludir sus obligaciones, en el derecho internacional y con mayor razón si la norma constitucional señala que “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento [...]” (Art. 11, numeral 3 inciso final Constitución ecuatoriana).
9. La participación de los pueblos indígenas debe empezar en el diseño de un marco para el proceso de consulta. Esta es una de las obligaciones que estipula el Convenio 169 ratificado por el Ecuador; esto es, que el procedimiento que se adopte para consultar a los pueblos indígenas, debe contar con la participación en la formulación de los mismos.

4.2. La Normativa internacional relacionada con pueblos indígenas como parte del bloque de constitucionalidad

Paulatinamente los derechos de los pueblos y comunidades indígenas han ganado espacio no solo en el ámbito nacional sino que también han logrado las mayores conquistas en el ámbito internacional.

El Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador determina como deberes primordiales del Estado el garantizar sin discriminación de ningún tipo el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución

y en los Instrumentos Internacionales; y específicamente el Art. 11 de la precitada norma en su numeral tercero manifiesta “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

En igual sentido, el Art. 424 de la Constitución consagra la supremacía de la misma, señalando: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

Dentro de la jerarquización normativa, las normas constitucionales se encuentran en primer lugar; sin embargo, asumiendo un rol garantista, se ha colocado a la par de las normas constitucionales también a aquellas que se encuentren dentro de los tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos de los cuales nuestro país es suscriptor.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Con aquello se está otorgando una jerarquía de norma constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; adicionalmente el Art. 417 de la misma Carta Fundamental⁴⁰ determina la vigencia del principio *pro homine* en cuanto a la tutela de derechos.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador, una vez que hayan sido ratificados por nuestro país estableciéndose en el Art. 424 que cuando dichos instrumentos reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Entonces, los derechos humanos, *positivizados* se convierten

40 Art. 41. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

en derechos fundamentales, consagrados en varios instrumentos internacionales y esencialmente en las Constituciones de los respectivos países.

Así, el denominado bloque de constitucionalidad comprende “el conjunto de normas que aún no constando en la Constitución formal, forman parte de ésta, porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel”⁴¹.

En la doctrina se entiende por “bloque de constitucionalidad” el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)⁴².

Asociado a la temática de derechos de los pueblos indígenas y su justiciabilidad el Ecuador ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que además votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Indígenas. Además, el Ecuador al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José”, aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, ante lo cual las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

41 Acosta, Alberto, *op. cit.*, pp. 10-11.

42 Trujillo, Julio César, “El Ecuador como Estado Plurinacional” en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*; Editorial Abya Yala; Quito, 2009, p. 67.

V. A manera de conclusión. ¿Existe tensión entre la justicia indígena y los derechos humanos?

La Constitución ecuatoriana consagra como uno de sus ejes centrales el respeto de los derechos humanos, los mismos que deben ser entendidos desde la perspectiva de una sociedad pluricultural, es decir, a la par del principio de diversidad cultural; al respecto cabe destacar como señala Mauricio Beuchot que “las culturas tienen su identidad, es decir, cierta permanencia y continuidad; pero también tienen su proceso, dinámica, y en ella es donde se dan ciertos conflictos, sobre todo ante otras culturas o dentro de una misma cultura”⁴³.

En una sociedad pluricultural existen diferencias marcadas en cuanto a la comprensión y la valoración de los derechos; por ejemplo cuando en uno de los pueblos indígenas se da cierto trato a las mujeres que van en contra de los derechos humanos, el relativista extremo aceptaría dicho trato, en el entendido de que estas culturas “así han vivido siempre”, en cambio, el absolutista manifestará que hay que obligarlas a aceptar y valorar esos derechos, incluso por la fuerza.

Mucho se ha cuestionado respecto a que la jurisdicción indígena impone sanciones atentatorias a los derechos humanos, ejemplos como azotes en la plaza pública, flagelaciones, el colgar por los brazos a los encausados, o saqueamientos con ortiga, son considerados por la cultura occidental como una especie de barbarie, y como prácticas incivilizadas, que atentarían a los derechos humanos, como han sido concebidos desde el mundo occidental.

De esta forma se ha asociado a este tipo de castigos como prácticas tortuosas no concebibles por las poblaciones consideradas civilizadas; sin embargo no se ha evaluado el contorno cultural en el que se desenvuelven las prácticas justiciables de las comunidades indígenas.

Por otro lado se cuestiona la imposición de las sanciones desde el mundo occidental para quienes la privación de la libertad por medio del hacinamiento en centros de rehabilitación social son entendidos como una medida justa de imposición de una sanción; empero desde la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas la adopción de estas medidas correctivas y

43 Beuchot, Mauricio, “Conflicto cultural y derechos humanos”; en Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Siglo XXI editores, México, 2005, p.21.

sancionadoras no son el fin último que persigue el alcanzar una efectiva administración de justicia, desde esta perspectiva no se puede concebir a las prácticas realizadas por los pueblos y comunidades indígenas como violentas y contrarias a los derechos humanos, ya que más bien obedecen a un peculiar apreciación de la sanción propia de su cosmovisión ancestral en donde se ve garantizado desde su óptica un verdadero acceso a la justicia, a una justicia que ha mostrado una apatía indolente con su realidad cultural.

Frente a esta disyuntiva es necesario mediar estas posiciones, a través de una hermenéutica analógica e intercultural la cual permitirá aprender de las culturas y superar la postura univocista, en la que se trata de imponer a toda costa un modelo universal, pero también superar la postura equivocista en la que se permite un relativismo cultural excesivo que promueve la diferencia bajo el entendido de superioridad e inamovilidad, teniendo presente que una sociedad sin derechos humanos es ciega, pero sin pluralidad cultural es vacía⁴⁴.

Bajo un criterio interpretativo integral de la Constitución se tiene la exigencia de atender la universalidad de los derechos humanos; pero también, la de atender a las particularidades que se dan en los seres humanos a los que se aplica más aún tratándose de colectividades históricas como los pueblos y nacionalidades indígenas.

En definitiva el pluralismo comporta la coexistencia de dos principios que entrarían en contradicción; por un lado el de la igualdad de derechos para todos y por otro lado el de mayor permisividad respecto de las diferencias culturales.

Si bien es cierto no se pueden permitir las diferencias culturales que vayan en contra de la igualdad, bajo el entendido de uniformidad o del bien común y de los derechos humanos; sin embargo deben permitirse las diferencias que enriquezcan convenientemente el acervo cultural del conglomerado social y la fortaleza de los pueblos originarios. Entonces, lo que se propone mediante el ejercicio interpretativo es permitir las diferencias sin lesionar la igualdad, entendida como la “no uniformidad”.

El pluralismo sostiene la convivencia pacífica y respetuosa de las culturas en el seno de los estados. Dentro de ellos las culturas interactúan y se en-

⁴⁴ *Ibidem*, , pp. 57-64.

riquecen, a la vez que se corrigen y se retroalimentan unas a otras, por ello las prácticas justiciables consideradas como atentatorias a los Derechos Humanos asociadas como crueles y degradantes, se relativizan en la cosmovisión indígena, en donde estas actuaciones alcanzan la legitimidad colectiva del conglomerado indígena.

VI. Bibliografía

- Acosta, Alberto, “El Estado plurinacional puerta para una sociedad democrática”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (compiladores), Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009.
- Andrade, Juan Carlos, “Justicia de paz”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando, *La transformación de la justicia*, Serie Justicia y derechos Humanos, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Quito, 2009.
- Bonilla, Marcelo, “Pluralismo jurídico en el Ecuador Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales*; Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Beuchot, Mauricio, “Conflicto cultural y derechos humanos”, en Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Siglo XXI editores, México, 2005.
- Bourdieu, Pierre, “La razón del Derecho: entre habitus y campo”, en *Poder Derecho y Clases Sociales*, Editorial Desclée de Brouwer S.A, Bilbao, 2000.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales*; Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- García, Fernando, “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando, *La transformación de la justicia*, Serie Justicia y derechos Humanos, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Quito, 2009.
- Ilaquiche, Raúl, *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en el Ecuador. Estudio de caso*, Ecuarunari-Indesic- Fundación Hanss Seidel, Quito, 2004.

- Melo, Mario, “Los derechos indígenas en la nueva Constitución”, en *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, INREDH, Quito, 2009.
- Pissarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Editorial Trota, Madrid, 2007.
- Poveda, Carlos; “Jurisdicción Indígena”, en *Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones*, Revista FORO No. 8, UASB, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.
- Santos de Sousa, Boaventura, “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Editorial Abya Yala, Quito, 2009.
- Trujillo, Julio César, “El Ecuador como Estado Plurinacional”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Editorial Abya Yala, Quito, 2009.
- Vega, Nina Pacari, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009.
- , *Todo puede ocurrir*, Instituto para las Ciencias Indígenas Pacari, Quito, 2009.