

---

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](http://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

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

## Presentación

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha perseverado en su intento de crear y difundir la mejor doctrina constitucional a través de las obras publicadas en la serie *Justicia y Derechos Humanos*. Esta vez, se complace en presentar a *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*, la decimoquinta publicación de la serie y la primera que aborda de manera profunda un tema poco explorado en la academia ecuatoriana: la justicia en el pluralismo.

Consideramos que este libro constituirá una importante herramienta de análisis en nuestro entorno, puesto que el enfoque de la obra sobrepasa el campo estrictamente jurídico, o por lo menos, el ámbito jurídico tradicionalmente investigado, para analizar los distintos temas desde un enfoque interdisciplinario. De ahí que entre las autoras y los autores de esta publicación podamos encontrar profesionales de áreas distintas al Derecho, como la Sociología, la Antropología, o la Filosofía.

Por otro lado, el objeto de análisis de esta obra se concentra en los derechos ancestrales de los pueblos indígenas con un particular énfasis en la justicia cómo eje central del ejercicio de derechos de estos pueblos. La justicia, valor compartido por toda la humanidad, se manifiesta de una manera compleja en el caso de las comunidades y pueblos indígenas, por su particular forma de concebir el mundo, la persona, y los principios sobre los que se basan las relaciones existentes entre todos ellos.

Nuestro país, como muchos otros en el mundo, responde a un pasado y presente profundamente rico en manifestaciones autóctonas, muchas veces trastocadas por procesos excluyentes, que pretendían el privilegio de una posición del mundo sobre otra, la hegemonía de un modelo de ideas importadas sobre otras de naturaleza originaria; en conclusión, la supremacía de una cosmovisión que por justificar su legitimidad y garantizar su preeminencia aísla a otras tendencias.

En tal sentido, la nueva Constitución, aborda de manera decisiva la regulación de la justicia indígena, a través del reconocimiento de sus funciones jurisdiccionales, sus tradiciones ancestrales y derecho propio, sus normas y procedimientos de solución de conflictos, y la garantía de respeto de sus decisiones por parte de las instituciones y autoridades públicas, a diferencia de constituciones pasadas que la reconocían de manera retórica.

En este contexto, este libro nos incentiva e impulsa a poner el tema en discusión, a revisar nuestras ideas, a recobrar nuestra memoria, actualizar nuestros conocimientos y asumir nuevas posiciones. En definitiva a conocer los derechos ancestrales y concebir la justicia en contextos plurinacionales.

*Néstor Arbito Chica*

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

## Prólogo

La lucha por reivindicar y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas ha sido una batalla incansable que se remonta a los primeros días de la colonia. Su evolución, junto con la de otros procesos que han intentado forjar sistemas de equidad y justicia material —en sociedades donde prevalece la discriminación vertical— ha sido víctima de estigmatización, y una dura represión por parte de los poderes públicos. Fue en los albores de la conquista cuando se vivieron los primeros esbozos de lo que luego sería el sistema político colonial, olvidadizo y acérrimamente opositor a la preservación o desarrollo de las culturas y pueblos que habitaban el Nuevo Mundo.

Paradójicamente, los procesos de independencia en nada cambiarían la situación de desamparo que los pueblos indígenas habían padecido hasta ese entonces, sino que los convirtieron en sujetos pasivos de la revolución liderada por las clases oligárquicas que ansiaban una autonomía política y financiera de las metrópolis coloniales.

Fue el siglo XX que vio germinar el arduo y laborioso trabajo de grupos indígenas por demandar los derechos que por tantos siglos se les había negado, y el modelo clásico de Estado fue cuestionado al oírse el reclamo de autodeterminación de los pueblos indígenas, en su empeño porque se reconozcan sus normas y espacios mínimos de desarrollo vital, en un mundo cada vez más globalizado, indiferente y supresor de la individualidad cultural.

Todo esto, en el escenario de una amenaza constante de *degradación y expropiación* de espacios ancestrales por un modelo económico neoliberal intolerante y determinado a forjar una hegemonía financiera que semeja los

sistemas de dominación fijados en los enclaves administrativos de la América colonial.

La evolución que se ha dado en los últimos treinta años en esta materia es significativa no solo en el plano internacional sino en los propios países donde la diversidad cultural forma parte íntegra de la composición social, política y económica de cada país. Estos avances se dieron pese al complejo entramado social que se vive en la actualidad en los países vástagos de un sistema colonial que de ninguna forma cimentó la estructura de un Estado que pueda soportar una sociedad culturalmente diversa y aún menos multiétnica.

Los sistemas de colonización alrededor del mundo han sido únicos en cada caso y presentan características singulares en su forma de ejecución para controlar y dirigir a la población dominada, sin mencionar las diferencias que se presentan en aquellos países con sistemas jurídicos que semejan los de la Europa continental y aquellos de tradición anglosajona. Esta disparidad generó que cada país integre de manera distinta y anacrónica en sus sistemas jurídicos normas que reflejen las necesidades y derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de las diferencias evidentes que los procesos de integración hayan presentado en las sociedades dominadas, un análisis superficial de la legislación y jurisprudencia postcolonial nos demuestra que entre lugares tan distantes como Canadá y Colombia las relaciones entre Estado y pueblos nativos presentaron la misma dinámica con sorprendente similitud.

En ese contexto, la sociedad ecuatoriana alberga un espectro de diferentes culturas y nacionalidades que han luchado de forma activa por recobrar aquellos derechos inherentes a su pleno desarrollo. La actual Constitución del Ecuador reconoce de forma expresa al Estado como plurinacional y multiétnico.

El dualismo jurídico que representa el reconocimiento de la plurinacionalidad y sus implicaciones jurisdiccionales subyacentes demanda del legislador y jurista ecuatoriano encontrar soluciones que permitan el desenvolvimiento e interrelación entre las competencias reconocidas a las distintas nacionalidades y pueblos con el Estado ecuatoriano.

Los artículos escogidos para integrar este libro resaltan esas experiencias en diferentes sociedades y espacios temporales, recopilados a modo de ilus-



trar estos avances, jurisprudencia e instrumentos internacionales que estimamos han sido innovadores en la difícil tarea de instaurar nuevas formas de entendimiento, respeto e interacción con las comunidades indígenas en las políticas estatales.

Fomentar un debate enérgico y consciente, no solo entre los espacios académicos sino en todos los espacios de reflexión, constituye el afán primordial de esta publicación. Este debate debe impulsar un cambio en la concepción social del pluralismo que pueda traducirse en un proceso catalizador que renueve un sistema político y jurídico que aún hoy en día conserva pensamientos y vestigios legales de un tiempo que en nada refleja las necesidades o exigencias reales de una sociedad ecuatoriana diversa.

Resaltando los procesos vividos en otros países podemos ver que este proceso de debate y cambio ha sido arduo y laborioso, y ha tomado décadas de adaptación y dinamización de los sistemas jurídicos para incorporar aquellos esquemas —reflejo de los sociales— que realmente fomenten un entendimiento estructural de integración. Aspiramos que el presente libro sirva para ilustrar esta difícil tarea que aún queda por desarrollar en nuestro país, cuya sociedad ha jugado un papel secundario al momento de tomar pasos que forjen una base estructural capaz de afrontar el desafío venidero.

*Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia*  
Editores

Justicia indígena:  
reconocimiento y matices

---

# Derecho de las minorías en filosofía política y el derecho internacional

Will Kymlicka\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Los orígenes del multiculturalismo liberal y los derechos internacionales de las minorías. III. Comparación de los dos movimientos. IV. Derechos nacionales de minorías en Europa. V. Derechos indígenas en la ONU. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

---

## I. Introducción

En las últimas dos décadas, los derechos de las minorías han surgido como asunto de especial trascendencia para el derecho internacional y la filosofía política. En el ámbito del derecho internacional, ha existido un esfuerzo sin precedente para desarrollar normas de derecho internacional que engloben los derechos de minorías, concepto que había sido explícitamente rechazado al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y que permaneció inactivo por los siguientes cuarenta años. A partir de 1989, los derechos de minorías se ubicarían entre los puntos de especial consideración en las agendas de diversas

---

\* Licenciado en Filosofía y Política por la Queen's University, Doctorado en Filosofía por la Universidad de Oxford, Cátedra de Investigación en Filosofía Política por la Queen's University; y, Profesor visitante Universidad Central Europea de Budapest.

organizaciones intragubernamentales a nivel internacional (en adelante OI). En términos globales las Naciones Unidas (en adelante, NNUU) han suscrito la Declaración Sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, en 1992, así como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. En el ámbito regional se han redactado declaraciones como la del Consejo de Europa de 1995, la Convención Marco sobre la Protección de las Minorías Nacionales, o la declaración de proyecto de 1997 sobre los Derechos Indígenas de la Organización de Estados Americanos.

La filosofía política ha sido testiga de una similar focalización de interés en el desarrollo de teorías normativas de los derechos de minorías. Un sinnúmero de filósofos han intentado resaltar cómo las demandas de diversos grupos minoritarios, como los inmigrantes pueblos indígenas o grupos nacionales subestatales, pueden ser defendidos dentro de teorías más amplias sobre justicia y democracia. Esto ha generado una plétora de nuevas teorías del “multiculturalismo”, “ciudadanía diferenciada”, “la política del reconocimiento”, “derechos colectivos”, “culturalismo liberal” y “la integración pluralista”. A falta de un término mejor, voy a utilizar el “multiculturalismo liberal” como una etiqueta para estas teorías, ya que todas afirman que reconocer y acomodar a minorías etnoculturales está en consonancia con, e incluso, es exigido por los principios básicos de la teoría liberal-democrática. Una vez más, los primeros tratamientos detallados, recogidos en formato de libro sobre estas cuestiones, datan desde aproximadamente 1989.

El objetivo de este capítulo es explorar cómo se relacionan esos dos acontecimientos, y examinar si los debates que versan con relación a normas internacionales sobre derechos de minorías pueden arrojar luz sobre las teorías políticas del multiculturalismo liberal y viceversa.

## **II. Los orígenes del multiculturalismo liberal y los derechos internacionales de las minorías**

La aparición simultánea de las teorías del multiculturalismo con las normas internacionales de derechos de las minorías es accidental, ya que tienen diferentes raíces intelectuales y políticas. El multiculturalismo liberal surgió

del debate liberal-comunitario, que dominó la filosofía política anglo-estadounidense en la década de 1980. Los comunitaristas habían criticado el liberalismo por considerarlo demasiado individualista y atomizado, así como por su incapacidad de reconocer la importancia de vínculos comunales y culturales. Los liberales respondieron que las demandas comunitarias sobre el “arraigo” de los individuos dentro de las comunidades o culturas eran exageradas, y que corrían el riesgo de encasillar a la gente en identidades y prácticas que ya no eran siquiera respaldadas por ellos mismos.

Gran parte de este debate se presentó a nivel abstracto, centrándose en teorías del “yo” y de la “buena vida”. Sin embargo rápidamente fue aplicado en una serie de políticas públicas, incluidas las cuestiones sobre los derechos de las minorías étnicas. Los comunitaristas argumentaron que las teorías tradicionales liberales sobre derechos individuales no eran capaces de proteger a tales minorías de presiones de la asimilación; los liberales respondieron que las exigencias comunitarias “para los derechos colectivos” representaban una amenaza para la libertad individual.

Fue en ese contexto donde las primeras teorías sobre multiculturalismo liberal emergieron, por primera vez, como una forma de trascender la división liberal-comunitaria. Los multiculturalistas liberales están de acuerdo con los comunitaristas en que hay intereses legítimos dentro de la cultura y comunidad que merecen protección por medio de distintos derechos de grupo específicos, tales como los derechos lingüísticos o derechos de autogobierno. Sin embargo, insisten en que estos intereses pueden ser respetados conjuntamente con la defensa firme de los derechos individuales dentro de los grupos. El multiculturalismo liberal respalda ciertos derechos “de protección” que los grupos pueden reclamar en contra de la sociedad en general, al mismo tiempo que rechaza derechos de grupo “restrictivos” que pueden invocarse en contra de los miembros individuales de cada grupo. Por ejemplo, los derechos de autogobierno pueden ayudar a asegurar que minorías no se queden sin representación al momento de votar sobre cuestiones clave; estos regímenes de autogobierno deben, sin embargo, estar sujetos a las mismas limitaciones constitucionales de respeto hacia los derechos individuales como el gobierno central. Este enfoque ofrece una manera claramente liberal de asumir la diversidad: protege a minorías vulnerables de la mayoría, pero también protege a individuos vulnerables dentro de la minoría, de esta

manera evita subordinar derechos individuales a los reconocidos a la colectividad.

El surgimiento de los derechos de minorías en el derecho internacional ha tenido diferentes orígenes. Su puesta en marcha se da gracias a las experiencias de la Europa Oriental post-comunista. Tras el final de la Guerra Fría, hubo inicialmente un gran optimismo en que la democracia liberal emergería en todo el mundo. En su lugar, surgieron una serie de conflictos étnicos en muchos países post-comunistas. Predicciones exageradamente optimistas sobre la sustitución del comunismo por una democracia liberal, fueron suplantadas por predicciones pesimistas acerca de sustituir el comunismo con una guerra étnica. Los acontecimientos sucedidos en Rwanda y Somalia, sugerían que estábamos ante un problema de carácter mundial, y que los conflictos étnicos descarrilarían las perspectivas de democratización pacífica en todo el mundo. Se experimentaba, asimismo, una fuerte sensación de que la comunidad internacional tenía que “hacer algo” acerca de la amenaza de conflicto étnico. Este fue el ímpetu inicial para muchas de las Declaraciones y Convenios adoptados por las OI en la década de 1990.

De esta manera ambos movimientos tuvieron orígenes diferentes. En otro nivel, sin embargo, su desarrollo puede considerarse como una búsqueda de alternativas a los modelos clásicos de “Estado-nación” unitario y homogéneo. Tanto la filosofía política liberal y las relaciones internacionales han operado hasta el momento con un modelo de Estado-nación que presupone que todos los ciudadanos comparten una identidad nacional común, idioma nacional, y un sistema jurídico-político unificado. Este modelo de Estado se diseminó en el mundo post-colonial, y sobre estas bases se determinaron las políticas de «construcción nacional» de los nuevos Estados independientes en el mundo post-comunista. Este modelo, sin embargo, es cada vez más cuestionado, al descubrirse por la ciudadanía los daños, injusticias y violencia implicadas en intentar ponerlo en práctica. El construir Estados unitarios y homogéneos a menudo requiere de medidas coercitivas para asimilar o bien excluir a las minorías, como es la supresión de lenguas minoritarias, supresión de formas tradicionales de gobierno propio por las minorías, promulgar leyes discriminatorias y las políticas de ciudadanía, llegando incluso a desplazar a minorías de sus tierras tradicionales. Para los multiculturalistas liberales, la histórica adopción de dichas medidas en el Occidente ha dejado una mancha de injusticia

que requiere el reconocimiento y la reparación. Para las OI, la continua adopción de medidas de esta naturaleza dentro de la Europa post-comunista o aquellos enclaves del África y Asia post-coloniales, generó violencia étnica e inestabilidad. En ambos espacios, se llegó al consenso de que era necesaria una alternativa frente a la concepción tradicional del Estado-nación.

Tanto el multiculturalismo liberal como las normas internacionales sobre derechos de las minorías pueden ser entendidos como la articulación de nuevos modelos de “ciudadanización”. Históricamente, la diversidad étnico-cultural y religiosa se ha caracterizado por una serie de relaciones no liberales y no democráticas: relaciones de conquistadores y conquistados, colonizadores y colonizados, colonos e indígenas, racializado y no marcado; normalizado y desviado; civilizado y hacia atrás; aliado y enemigo, maestro y esclavo. La meta de todas las democracias ha sido convertir este catálogo de relaciones inciviles en relaciones de ciudadanía liberal-democrática, tanto en términos de la relación vertical entre los miembros de las minorías y el Estado, y las relaciones horizontales entre los miembros de diferentes grupos. En el pasado, a menudo se suponía que la única o mejor manera de involucrar en este proceso de ciudadanización era imponer un modelo único no diferenciado de ciudadanía a todos los individuos. Los proponentes del multiculturalismo liberal y de normas internacionales sobre derechos de minorías parten del supuesto de que esta compleja historia de forma inevitable y oportuna genera reclamaciones etnopolíticas de grupos diferenciados. Es más el esfuerzo por imponer una identidad nacional homogénea a menudo exagera en lugar de disminuir las relaciones inciviles. La clave de la ciudadanización, por tanto, no es la de suprimir estas reclamaciones diferenciales, pero sí filtrarlas por medio de la lengua de los derechos humanos, las libertades civiles y la rendición de cuentas democráticas. Esto es lo que el multiculturalismo liberal y las normas internacionales de derechos de las minorías intentan hacer.

En ese sentido, las teorías del multiculturalismo y las normas internacionales que surgieron durante la década de 1990 pueden verse como un intento de ponerse al día con las prácticas reales de las democracias occidentales, que se habían embarcado en una serie de experimentos en materia de derechos de las minorías desde la década de 1960. La evidencia de los últimos cuarenta años sugiere fuertemente que los derechos de minorías pueden ser un vehículo eficaz para consolidar las relaciones de la ciudadanía

democrática en Estados multiétnicos, al menos en algunas épocas y lugares. Una amplia gama de derechos de las minorías adoptadas desde la década de 1960, incluyendo los reclamos de tierras de los pueblos indígenas, los derechos lingüísticos de las minorías nacionales y alojamientos multiculturales de grupos de inmigrantes han contribuido a reducir las jerarquías históricas, establecer la igualdad de oportunidades, fomentar la participación ciudadana y consolidar una cultura basada en los derechos humanos<sup>1</sup>.

El aparente éxito de estas prácticas en el mundo real del multiculturalismo liberal-democrático ha fortalecido los esfuerzos para formular teorías políticas del multiculturalismo liberal, que a su vez han contribuido en informar y justificar los regímenes emergentes de derechos de las minorías internacionales. Mientras que esta última se desarrolló principalmente para prevenir conflictos a corto plazo, cada vez son más las vinculaciones a una visión normativa más amplia que espera por medio del multiculturalismo liberal promover justicia y profundizar la ciudadanía democrática.

### III. Comparación de los dos movimientos

Si bien las recientes normas internacionales de derechos de las minorías surgieron junto a las teorías normativas del multiculturalismo liberal, y fueron influenciadas por ellas, las dos no son idénticas. Existen aspectos de la teoría y la práctica del multiculturalismo liberal, que han demostrado ser imposible de codificar en forma de normas internacionales.

Ambos movimientos pueden ser vistos como una respuesta insuficiente al aplicar una concepción puramente «genérica» a los derechos de minorías que pretende aplicar el mismo conjunto de derechos a todas las minorías etnoculturales. Un ejemplo de este enfoque genérico se puede encontrar en el artículo 27 del Pacto Internacional de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos, que establece que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les co-

---

1 Para las pruebas, ver Kymlicka, Will, 2007, cap. 5.



rresponde —en común con los demás Estados miembros de su grupo— a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Este artículo ha sido interpretado como aplicable a los miembros de todos los grupos minoritarios, sin importar tamaño, nuevo o milenario, concentrado o disperso, incluso aquellos visitantes dentro de un país. Pero precisamente por eso, no logra resolver muchas de las cuestiones clave en relaciones étnicas, ya que las mismas están vinculadas a contingencias históricas o concentraciones territoriales.

El artículo 27 lo enuncia como un derecho cultural *universal y portátil* que se aplica a todos los individuos, incluso a los migrantes y a los visitantes, no los articula en función de que un grupo que viva en (lo que considera) su patria histórica. Sin embargo son precisamente las reclamaciones relativas a residencia en un territorio histórico, el punto central de los conflictos étnicos más violentos en todo el mundo, ya sea en la Europa post-comunista (Bosnia, Kosovo, Chechenia), o en el oeste (País Vasco, Chipre, Irlanda del Norte), o en Asia, África y Oriente Medio (por ejemplo, Pakistán, Sri Lanka, Indonesia, Turquía, Iraq, Israel, Sudán, Etiopía). En todos estos casos, las minorías reclaman el derecho a gobernarse a sí mismos en lo que consideran su patria histórica, incluyendo el derecho a utilizar su idioma en las instituciones públicas en su territorio tradicional, y que su lengua, historia y cultura sean celebradas dentro de la esfera pública (por ejemplo, en la denominación de calles, la elección de las vacaciones y los símbolos del Estado). Ninguno de estos reclamos es plausible como universal o portátil: sólo se aplicaría a ciertos tipos de minorías con una especie particular de historia y territorio.

Cualquier enfoque plausible a estos conflictos, ya sea en el derecho internacional o la filosofía política, necesita tratar los distintos reclamos y necesidades planteados por distintos tipos de grupos. Esto a su vez requiere que se complete un enfoque genérico que resalte o distinga un sistema de objetivos y derechos dirigido a las minorías. Tanto el derecho internacional como las teorías multiculturalistas han aceptado la necesidad de un grupo de enfoque diferenciado. En particular, ambas reconocen la necesidad de distinguir entre “viejas” minorías, como los pueblos indígenas y minorías sub-estatales nacionales que viven en su territorio histórico, y “nuevas” minorías formadas por medio de la inmigración.

Sin embargo, las teorías del multiculturalismo y del derecho internacional han abordado esta cuestión de manera divergente. Examinaré los dos principales ejemplos de los regímenes de derechos de las minorías específicas en el derecho internacional —derechos dirigidos a las “minorías nacionales” en Europa, y los derechos dirigidos a los “pueblos indígenas” en las NNUU— para ver cómo se comparan con las teorías del multiculturalismo liberal.

#### **IV. Derechos nacionales de minorías en Europa**

El plan más elaborado de derechos como objetivo se ha desarrollado en Europa, encabezado por el Consejo de Europa (en adelante, CE). Enfrentado con la espiral de conflictos étnicos en los Balcanes y el Cáucaso durante la década de 1990, el CE adoptó una serie de normas elaboradas específicamente para los grupos que participaron en esos conflictos, que etiquetaron como “minorías nacionales”. Considerando que el artículo 27 agrupa y concede a “minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas” los mismos derechos genéricos de minorías, las normas del CE se refieren exclusivamente a “minorías nacionales”.

¿Cuáles son las minorías nacionales? Si bien no existe un acuerdo universal que las defina, el término tiene una larga historia en la diplomacia europea, donde ha sido empleado para referirse a minorías históricamente establecidas, que viven en o cerca de lo que consideran su patria nacional. Fue la participación de estos grupos “domésticos” en los conflictos étnicos y desestabilizadores que generó la demanda de normas europeas, y era apropiado, por lo tanto, centrarse en ellos al formular normas específicas. La mayoría de países europeos han declarado explícitamente que grupos de inmigrantes no son minorías nacionales, algunos también han excluido a los de Roma en la categoría de minoría nacional, basándose en el hecho de que no son una minoría territorial. Estas exclusiones son cada vez más controvertidas, dando como resultado que la comprensión tradicional de que estas minorías nacionales coexisten junto a nuevas definiciones del término las cuales están menos ligadas a historia y territorio. Sin embargo, o al menos en un inicio, las organizaciones europeas fueron apuntando sus esfuerzos

principalmente a minorías nacionales subestatales históricamente asentadas en su territorio tradicional.

El desafío que enfrentaban las organizaciones europeas era formular normas específicas para minorías nacionales, que ofrezcan una orientación eficaz y que permita hacer frente a los riesgos inmediatos de los conflictos étnicos de desestabilización, pero a la vez promover una concepción de corte distintivamente liberal-democrática multicultural de “ciudadanización” a largo plazo.

¿Qué sugiere el multiculturalismo liberal acerca del tratamiento de estos grupos? Si examinamos los principales casos de grupos nacionales subestatales en occidente —los escoceses y galeses en el Reino Unido, los catalanes y vascos en España, el flamenco en Bélgica, los quebequenses en Canadá, los puertorriqueños en los Estados Unidos, los corsos en Francia, la minoría alemana en Tirol del Sur en Italia, los suecos en Finlandia, y las minorías francesas e italianas en Suiza— surge un patrón claro. En cada caso, los grupos nacionales subestatales han recibido ofrecimientos de una autonomía territorial (en adelante, AT), generalmente mediante alguna forma de descentralización federal o cuasi-federal del poder, así como algún tipo de estatus de lengua oficial.

Estas reformas requerían una reestructuración sustancial del Estado y una redistribución del poder político, por lo que inicialmente fueron controvertidas. Aún hoy en día, la idea básica de la AT para las minorías nacionales es ampliamente aceptada. Por ejemplo es inconcebible que España o Bélgica pudieran volver a un modelo de Estado unitario y monolingüe. De hecho, ninguna democracia occidental que ha adoptado la AT ha revertido esta decisión. Es más, este modelo es visto como un éxito rotundo. Ha permitido a Estados hacer frente a un tema potencialmente explosivo —la existencia de un grupo subestatal que se percibe a sí mismo como una nación distinta con el derecho a gobernar su territorio histórico— de una manera tal que sea consistente con la paz y la democracia, el respeto de los derechos individuales, y la prosperidad económica. De hecho, varios teóricos del multiculturalismo liberal han presentado este modelo como una prueba fundamental de cómo los derechos de las minorías y la democracia liberal pueden coexistir, y han explorado cómo el ejercicio de la autonomía de los grupos nacionales

subestatales respeta los valores liberales y promueve la ciudadanía democrática.<sup>2</sup>

No es de extrañar el impulso inicial de las organizaciones europeas era promover este modelo en la Europa post-comunista. En 1993, por ejemplo, reuniones en la Asamblea Parlamentaria del CE recomendó que cualquier futura Convención Europea de derechos de las minorías debiera incluir la siguiente disposición:

En las regiones donde son mayoría, las personas pertenecientes a minorías nacionales tendrán derecho a tener a su disposición autoridades locales o autónomas apropiadas, o que tengan un estatus especial, que coincida con esta situación específica histórica y territorial y de conformidad con la legislación doméstica del Estado (Recomendación 1201, artículo 11).

Como veremos, esta propuesta fue rechazada. Pero durante un tiempo a principios de la década de 1990, parecía que las normas jurídicas europeas y las teorías multiculturalistas liberales convergirían en apoyar el derecho a la AT de minorías nacionales.

La norma europea propuesta difería en un aspecto de lo planteado en las teorías multiculturalistas, principalmente en la relación entre la AT y el principio de la libre determinación. Según varios teóricos del multiculturalismo liberal, la autonomía de las minorías no debe ser vista como una delegación de poder del Estado central, sino como una manifestación de un derecho inherente a la autodeterminación de las naciones o pueblos. Expresan que el interés que la gente tiene en sus identidades culturales y la vida colectiva es lo suficientemente fuerte para generar un derecho inherente a gobernarse a sí mismos. Por otra parte, la ampliación de un derecho de libre determinación a las minorías nacionales es vista como una cuestión de coherencia moral. El derecho internacional reconoce el derecho de todos los pueblos a buscar su libre determinación, pero lo ha restringido en la práctica a las colonias de ultramar. Para los multiculturalistas liberales, esta restricción es moralmente arbitraria: los grupos nacionales internos despojados de su autonomía y que se incorporen

---

2 Para una visión general, véase Gagnon, Alain y Tully, James, 2001.

al Estado son tan merecedores de buscar su libre determinación como son los grupos nacionales en el extranjero que han sido colonizados. Tanto el colonialismo interno como el colonialismo en el extranjero son injustos, y ambos exigen la libre determinación como solución. La AT para las minorías nacionales, por lo tanto, es vista como parte de un enfoque más coherente a la libre determinación de los pueblos en general.

La norma europea propuso, de forma explícita, evitar el uso del término “libre determinación”. Afirmó la existencia de una norma de autogobierno, pero negó que ello implique o suponga un principio de libre determinación, debido a que en el derecho internacional la libre determinación se ha interpretado tradicionalmente como un derecho a formar un Estado independiente.

Esto en parte es un desacuerdo semántico, ya que los teóricos del multiculturalismo han resaltado que el principio de libre determinación no debe interpretarse como un derecho a la secesión. Reconocen que es imposible dar a cada nación o pueblo el derecho a formar su propio Estado, y que la libre determinación debe entenderse como algo que se ejerce principalmente por medio de la autonomía dentro de mayores Estados multi-nación, es decir, mediante la autodeterminación «interna», como la AT.

En este sentido, tanto teóricos multiculturales como la norma propuesta por el CE están de acuerdo en la parte sustantiva: los dos imaginan un mundo de múltiples Estados multi-nación que otorgan AT a sus minorías nacionales, como contrario a los Estado-nación unitarios tradicionales o la secesión. Sin embargo, no existe un acuerdo acerca de cómo describir este resultado. Los abogados internacionales se han mostrado reacios a describir la AT como una forma de autodeterminación (interna) ya que entraría en desacuerdo con la idea tradicional dentro del derecho internacional que cada Estado posee una soberanía unificada. En función de asegurarla, esta soberanía unitaria debe ser dividida, delegada y limitada de acuerdo con disposiciones constitucionales internas y normas internacionales. Esto difiere de aceptar la reclamación, adelantada por los multiculturalistas liberales, que los grupos subestatales nacionales tienen su propia soberanía original que debe ser reconocida por el derecho internacional, aunque sólo sea en forma de AT dentro de Estados más grandes. Desde la perspectiva del derecho internacional, decirle a los Estados sobe-

ranos que deleguen derechos de autogobierno a minorías nacionales es menos amenazante en términos conceptuales y políticos, que decirle a los Estados que en realidad no disponen efectivamente de una soberanía completa y originaria sobre estos grupos.

Esto tal vez refleja la diferencia de perspectivas entre abogados internacionales y teóricos de la política normativa. Para los abogados internacionales, la vinculación de AT a la libre determinación es innecesariamente provocadora, y pone en peligro una premisa central del derecho internacional, es decir, la existencia de Estados soberanos que son los principales agentes responsables del cumplimiento de la ley internacional. Para los teóricos de la política normativa, por el contrario, la provocación contiene una lección moral importante: los Estados deben recordar que no siempre poseen una soberanía plena sobre los pueblos y territorios que actualmente ocupan, y que discutir la soberanía originaria de grupos nacionales subestatales es un asunto moral inconcluso. Vincular la AT a la libre determinación es una manera de recordar a los Estados que no pueden tomar su soberanía (a menudo mal habidas) sobre las naciones subestatales o de los pueblos por sentado.

En cualquier caso, esta convergencia momentánea entre el multiculturalismo liberal y de las normas europeas respecto a un derecho de AT para las minorías nacionales no duró mucho. El Marco de Convención del CE de 1995 para la Protección de las Minorías Nacionales (en lo sucesivo FCNM) rechazó el consejo de la Asamblea Parlamentaria para incluir una disposición sobre la AT. Así mismo la AT no aparece en ninguna de las declaraciones posteriores de las organizaciones europeas. De hecho, las ideas de autonomía han desaparecido del debate referente a normas europeas sobre derechos de minorías nacionales.

Hay varias razones para eso, pero en función de simplificar, el objetivo a largo plazo de promover un multiculturalismo liberal, entró en conflicto al preverse temores a corto plazo de posibles conflictos étnicos desestabilizadores. A pesar de que la AT fue vista como un modelo exitoso en las democracias occidentales consolidadas, y un objetivo potencial a largo plazo en Europa oriental, grandes dudas y temores se presentaron en las circunstancias inmediatas que siguieron a la transición post-comunista.

En particular, los dos factores clave que permitieron la adopción de la AT en Occidente no existían en los países post-comunistas: protecciones de

seguridad geopolíticas y protección a derechos humanos. En primer lugar, la mayoría Estados post-comunistas tienen uno o más enemigos a lo largo de sus fronteras que desean desestabilizar al Estado. Una táctica habitual para hacerlo es contratar a las minorías presentes en el Estado, y animarles a participar en protestas desestabilizadoras, incluso la insurrección armada. En ese contexto de inseguridad regional, las minorías nacionales se perciben como posibles *fifth-columnists* para los países colindantes, y la autonomía de esas minorías es percibida como una amenaza para la seguridad nacional. Esta percepción es especialmente fuerte cuando entre el Estado vecino y la minoría nacional existe un vínculo a través del idioma u origen étnico, y por lo tanto se presume que permanece fiel a su “estado hermano” del otro lado de frontera que a su propio gobierno. Por ejemplo, los serbios étnicos que viven en Bosnia se presumen son más leales a Serbia que a Bosnia; húngaros étnicos que viven en Eslovaquia se supone que son más leales a Hungría que a Eslovaquia, etc. En las condiciones de inseguridad regional, la concesión de autonomía a tales minorías potencialmente desleales e irredentistas es visto como un debilitamiento del Estado con relación a sus enemigos vecinos, y una amenaza real que atenta contra la existencia misma del Estado.

Los países occidentales, por el contrario, están rodeados por aliados, no enemigos, y están integrados en alianzas de seguridad regional más amplias. Como resultado, ningún Estado occidental de hoy en día tiene un incentivo real para por medio de minorías nacionales descontentas desestabilizar a sus vecinos. Para resaltarlo existen ejemplos históricos de ello. En el pasado, Alemania ha incitado a minorías étnicas alemanas en países vecinos como una forma de debilitar a sus estados rivales. Sin embargo desde la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento de la OTAN, la percepción de minorías patriotas como posibles colaboradores con estados vecinos enemigos ha desaparecido de Occidente<sup>3</sup>. Las relaciones entre el Estado y minorías nacionales se considera como materia de política interior, sin repercusiones en asuntos de política exterior o seguridad regional. En el mundo post-comunista, por el contrario, las relaciones entre Estado y minorías han sido pues-

3 Esta percepción todavía existe en relación con algunos grupos de inmigrantes, especialmente los grupos musulmanes después del 11 de septiembre. Pero ya no se aplica a las minorías nacionales históricas.

tas bajo una estricta “seguridad”, percibidas en primera instancia como cuestiones de seguridad nacional en lugar de asuntos de política interior, dejando poco espacio para el multiculturalismo liberal.

Un segundo factor que distingue a Occidente de post-comunistas de Europa se refiere a la protección de derechos humanos, o en términos más generales, la evolución de derechos de minorías con relación a procesos más amplios de consolidación del Estado y democratización. En el oeste, exceptuando a España, la reestructuración de los estados para dar cabida a las minorías nacionales se produjo después de la consolidación democrática, con arraigadas tradiciones en relación con el imperio de la ley, un poder judicial independiente, una burocracia profesional y una cultura política democrática. La existencia de estas arraigadas tradiciones de constitucionalismo liberal fue crucial para el surgimiento del multiculturalismo en Occidente, ya que proporcionó una sensación de seguridad a todos los ciudadanos de que el multiculturalismo operaría dentro de parámetros bien definidos por la democracia y los derechos humanos.

Por ejemplo, a medida que minorías nacionales han adquirido gobiernos autónomos, estos han estado sujetos a los mismos requerimientos constitucionales de respeto a los derechos humanos como el gobierno central. En muchos casos, son también objeto de seguimientos regionales e internacionales de derechos humanos. Esto logra tranquilizar a la población que entiende que sin importar cómo se resuelven los debates sobre autonomía, sus derechos humanos fundamentales serán protegidos. Esto a su vez genera confianza en el potencial del multiculturalismo para sustituir las relaciones jerárquicas anteriores, con relaciones de la ciudadanía democrática.

Sin embargo, en el mundo post-comunista, las reclamaciones de autogobierno de las minorías locales se produjeron antes de la consolidación democrática. Como resultado, existen menos garantías de que aquellas minorías que reciban autonomía la ejercerán de forma concordante con el respeto a los derechos humanos, en lugar de crear islas de tiranía local intolerantes hacia “forasteros” que residen en el territorio. En ausencia de un marco eficaz de derechos humanos, estos extranjeros pueden ser desposeídos de sus bienes, despedidos de sus puestos de trabajo, incluso expulsados o asesinados. De hecho, esto es lo que ocurrió en varios casos en que las minorías establecieron sus propios gobiernos autónomos: georgianos fueron expulsados de la



región de Abjaza de Georgia cuando esta declaró su autonomía; croatas fueron expulsados de las regiones de Croacia dominadas por serbios cuando estos declararon su autonomía, y así sucesivamente. Ninguna de las partes podía confiar en la existencia de instituciones jurídicas eficaces y una policía imparcial que garantice el respeto a los derechos humanos. En tales condiciones, la implementación de AT puede ser literalmente una cuestión de vida o muerte.

Estos dos factores ayudan a explicar la resistencia frente a la AT en la Europa post-comunista. En condiciones de inseguridad regional, la AT puede ser una amenaza para la seguridad del Estado. A falta de una consolidación democrática, la AT puede ser una amenaza para la vida y la libertad de ciudadanos que pertenecen al grupo “equivocado”. Bajo estas circunstancias, el objetivo previsto de multiculturalismo liberal —sustituyendo las relaciones inciviles de enemistad y exclusión con las de una ciudadanía liberal-democrática— puede ser subvertido. Instituciones destinadas a promover la ciudadanía dentro de estados multiétnicos podrían ser capturados por agentes que traten de perpetuar y agravar las relaciones existentes de enemistad y de exclusión.

Teniendo en cuenta esos obstáculos, no es de sorprenderse que las propuestas de codificar un derecho a la autonomía para minorías nacionales hayan fallado. Para estar seguros, estas propuestas siempre incluyeron la salvedad de que los gobiernos autónomos debían respetar los derechos humanos. El principio básico de que los derechos de las minorías están subordinados a los derechos humanos se encuentra en todos los documentos internacionales sobre minorías y derechos indígenas, y es una coincidencia importante con las teorías del multiculturalismo liberal (Kymlicka, 2007). Sin embargo, en el contexto de la Europa post-comunista, había un temor generalizado de que las OI no puedan cumplir esta “garantía de papel”.

Habiendo abandonado el derecho a la autonomía, las normas sobre minorías que finalmente serían adoptadas por el CE son débiles. De hecho la FCNM, esencialmente, duplica el derecho de las minorías genéricas para disfrutar de la cultura de uno consagrado en el artículo 27. Habiéndose limitado a derechos genéricos, el CE inmediatamente enfrentó presiones por expandir la cobertura más allá de las minorías nacionales tradicionales. Después de todo, ¿por qué los derechos de las minorías genéricas para disfrutar

de la cultura, sólo se garantizan a un tipo particular de grupos minoritarios? ¿Acaso no deberían los derechos de minorías genéricas ser protegidos genéricamente? De hecho vemos un movimiento dentro del CE para redefinir el término “minoría nacional” de modo que este ya no se refiera a un tipo de grupo dentro de otros, sino que se convierta en un término genérico que abarque todas las minorías que viven en el territorio del Estado, incluyendo pueblos indígenas, minorías domésticas, gitanos, y grupos de inmigrantes (Wheatley, 2005). En resumen, tanto en su contenido y cobertura, la FCNM ha reemplazado su objetivo original de definir los derechos destinados a grupos étnicos nacionales domésticos, hacia definir los derechos de minorías genéricas para todos los grupos.

La decisión de transformar a la FCNM de un documento específico en uno genérico de derechos es comprensible: el objetivo de formular principios que hagan frente a las reivindicaciones de grupos étnicos nacionales era demasiado ambicioso en un contexto de inseguridad regional y transición democrática. Esta es una lección importante y conscientizante sobre las dificultades de utilizar el derecho internacional para articular la lógica del multiculturalismo liberal. Al final, el CE no pudo conciliar el objetivo a corto plazo de prevenir conflictos en condiciones de inestabilidad, con el objetivo a largo plazo de promover formas sólidas de un multiculturalismo liberal. Esto a su vez, proporciona una lección acerca de los límites del multiculturalismo liberal en sí mismo: su capacidad de promover la ciudadanía depende de una serie de condiciones previas que están lejos de ser universales.

## V. Derechos Indígenas en la ONU

El segundo experimento en la formulación de derechos focalizados es el esfuerzo de las NNUU para codificar los derechos específicamente diseñados para los pueblos indígenas. Esta es una historia de más éxito, y ofrece un interesante contraste con la experiencia europea con sus minorías nacionales.

¿Cuáles son los pueblos indígenas, y en qué se diferencian de las minorías nacionales? El término “pueblos indígenas” se ha usado tradicionalmente en el contexto de los estados colonizados en el Nuevo Mundo, y se refiere a los

descendientes de los habitantes originales no europeos de las tierras colonizadas y pobladas por las potencias europeas. “Minorías Nacionales”, por el contrario, fue un término acuñado en Europa para referirse a aquellos grupos que fueron derrotados en el tumultoso proceso de formación de los Estados europeos, y cuyas tierras terminaron siendo incorporadas en su totalidad o en parte dentro de los estados más grandes, dominados por una población vecina europea. Las minorías nacionales fueron agentes activos en el proceso por medio del cual las primeras concepciones de imperios, reinos y principados en Europa, se convirtieron en el moderno sistema de Estados-nación, pero, o bien terminaron sin un estado propio (“naciones sin estado” tales como los Catalanes y Escoceses), o terminaban en el lado equivocado de la frontera, aislados de sus compañeros de etnia en un estado vecino (“minorías estado-pariente” como los alemanes en Dinamarca o los húngaros en Eslovaquia).

Una manera preliminar de distinguir las dos, es decir que las minorías nacionales han sido incorporadas a un Estado más grande dominado por un vecino europeo, mientras que los pueblos indígenas han sido colonizados y establecidos por un poder distante colonial Europeo. Pero hay otros marcadores que resaltan esta diferencia histórica. Por ejemplo, la subyugación de los pueblos indígenas por los colonizadores europeos fue un proceso de naturaleza más brutal y perturbador que la incorporación de las minorías nacionales en sociedades vecinas, dejando a los pueblos indígenas más débiles y vulnerables. También hay una percepción de diferencia en la “civilización” entre los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Mientras que las minorías nacionales suelen compartir las mismas estructuras modernas (urbanas, industrializadas, consumidoras) económicas y sociopolíticas que los pueblos vecinos europeos, algunos pueblos indígenas conservan modos anticuados de producción económica, dedicados principalmente a la agricultura de subsistencia o de caza/recolección de estilo de vida. Como resultado de la colonización a gran escala, los pueblos indígenas son más propensos a ser relegados a zonas remotas.

De esa manera ambos términos tienen su origen en los procesos históricos de Occidente. Las minorías nacionales han sido contendientes, pero perdedoras en el proceso de formación del estado de la Europa continental; los pueblos indígenas son a la vez víctimas de la construcción de estados por los

colonos europeos en el Nuevo Mundo. Como tal, no está claro si uno u otro término puede ser útilmente aplicado fuera de Europa y el Nuevo Mundo. De hecho, como veremos, varios países africanos y asiáticos han insistido en que ninguna categoría se aplica a ellos.

Sin embargo podemos encontrar grupos análogos en otros contextos. Por ejemplo, varios grupos en Asia o África comparten situaciones de vulnerabilidad cultural, economías premodernas, y aislamiento geográfico de algunos pueblos indígenas en el Nuevo Mundo, incluyendo varias “tribus de las montañas”, “pueblos de los bosques”, “tribus nómadas” y “los pastores”.

Del mismo modo, existen grupos en muchos estados post-coloniales que son similares a las minorías nacionales europeas al ser participantes activos, pero perdedores eventuales, en el proceso de descolonización y formación del estado post-colonial. Estos incluyen grupos como los Tamiles en Sri Lanka, los Tibetanos en China, los Kurdos en Iraq, los Aceh en Indonesia, Oromos en Etiopía, o los Palestinos en Israel. Al igual que las minorías nacionales en Europa, ellos pudieron haber albergado la esperanza de formar su propio Estado en el proceso de descolonización, o al menos tener una autonomía garantizada. Sin embargo, estos terminaron siendo subordinados a un grupo más poderoso dentro de un Estado más grande, o divididos entre dos o más estados post-coloniales.

¿Por qué las Naciones Unidas deciden señalar a los pueblos indígenas, mientras que las organizaciones europeas señalan/apuntan a las minorías nacionales? La motivación europea fue el miedo ante los posibles efectos desestabilizadores sobre la paz y seguridad internacional que los conflictos entre minorías nacionales podrían causar. La motivación de las NNUU fue diferente: particularmente, el deseo humanitario de proteger a un tipo de grupo que se lo consideraba como vulnerable, incluso si esa misma debilidad significaba que los pueblos indígenas eran poco propensos a amenazar la estabilidad internacional.

La tarea que enfrentaba las NNUU, en ese entonces, fue desarrollar normas específicas para los pueblos indígenas que aliviasen su urgente vulnerabilidad, mientras promovían los objetivos a largo plazo del multiculturalismo liberal. ¿Qué implica el multiculturalismo liberal para los pueblos indígenas? Si tenemos en cuenta la situación de los pueblos indígenas en las democracias Occidentales —los Indios y los Inuit / Esquimales de Canadá y los Es-

tados Unidos, los Maoríes en Nueva Zelanda, los Aborígenes en Australia, Dinamarca y Groenlandia y los Sami en Escandinavia— ha habido un cambio drástico desde la década de 1970 dirigida al reconocimiento de alguna forma de autogobierno indígena sobre (lo que queda de) su territorio tradicional. Esto se refleja en una amplia gama de resolución sobre títulos de tierras, acuerdos de autonomía, y el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

Este cambio hacia la autonomía para los pueblos indígenas fue inicialmente controvertido, pero ahora es ampliamente aceptado (de forma retrasada) como un reconocimiento de que la colonización de los pueblos indígenas fue injusta, y que es necesaria alguna forma de descolonización, permitiendo a los pueblos indígenas el restablecimiento de las instituciones jurídicas y políticas autónomas, y recuperar el control sobre parte de sus tierras tradicionales. Esta tendencia ha sido respaldada por varios teóricos del multiculturalismo liberal<sup>4</sup>. Al igual que el cambio hacia la AT para minorías nacionales es visto como una prueba de compatibilidad de los derechos de grupos diferenciados con el constitucionalismo liberal y ciudadanía democrática.

No es de extrañar, el impulso inicial de las NNUU en aprobar/respaldar este modelo de autogobierno indígena. En 1993, el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incluye el derecho a controlar las tierras y territorios tradicionales, el derecho a autonomía en asuntos internos, y el derecho a mantener el carácter distintivo de resolución de sus costumbres jurídicas. Como acabamos de ver, una propuesta similar de consagrar el derecho a la autonomía de las minorías nacionales en Europa, también redactado en 1993, fue finalmente rechazado. En el caso de los pueblos indígenas, sin embargo, la propuesta de declaración fue aceptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, después de años de negociaciones, en 2007. Por otra parte, la Declaración de las NNUU reconoce a la autonomía indígena como una manifestación de un derecho a la libre determinación (interna), en concordancia con lo argumentado por los multiculturalistas liberales.

---

4 Véase Ivison, Duncan, et al., 2000.

De esa manera, los esfuerzos de las NNUU en la formulación de normas específicas para los pueblos indígenas han sido más exitosos que los esfuerzos europeos por formular normas específicas para minorías nacionales, y de mejor manera reflejan la lógica del multiculturalismo liberal. Como resultado, muchos comentaristas identifican a estas declaraciones como un raro ejemplo del derecho internacional actuando como un vehículo de “globalización contra-hegemónica”, promoviendo justicia para los desfavorecidos (Anaya, 2004).

El enfoque humanitario de las NNUU sobre los pueblos indígenas, sin embargo, ha dejado un vacío jurídico considerable con relación a las cuestiones de seguridad planteadas por las minorías nacionales. Conflictos que involucraron grupos étnicos nacionales como los kurdos, los habitantes de Cachemira y palestinos representan una amenaza mucho mayor para la paz regional y la seguridad que las luchas de los pastores o habitantes de los bosques. Al señalar únicamente a los pueblos indígenas en lugar de minorías nacionales, la ONU no tiene directrices claras para abordar estos conflictos apremiantes.

Una respuesta sería la de complementar las normas de las NNUU existentes sobre pueblos indígenas con otro conjunto de normas de las NNUU dirigidas a las minorías nacionales. Como señalé anteriormente, este tipo de “multi-objetivos” reflejarían la lógica del multiculturalismo liberal, que incluye una serie distintiva de soluciones legales para grupos diferenciados, incluyendo temas o pistas distintivas para las minorías nacionales y pueblos indígenas.

Desafortunadamente, perspectivas para desarrollar normas mundiales sobre las minorías nacionales son inexistentes en el futuro previsible. El intento de formular tales normas a escala mundial —el Proyecto de Convención sobre la Autodeterminación mediante la Autoadministración presentado por Liechtenstein ante las Naciones Unidas en 1994— nunca fue seriamente considerado. Esto no debería sorprendernos. Los mismos factores que inhibieron el desarrollo de las normas sobre minorías nacionales en la Europa post-comunista —es decir, los temores acerca de la seguridad geopolítica y de la protección de los derechos humanos— se aplican a la mayoría de los países de África, Asia o el Oriente Medio. Si las organizaciones europeas fueron incapaces de superar estos temores, a pesar de sus

formidables capacidades económicas, jurídicas y militares, es poco realista esperar que las NNUU tengan éxito en esta tarea. Y, de hecho, nunca lo han intentado.

El marco actual de las NNUU que adopta normas específicas para los pueblos indígenas, pero no para las minorías nacionales, es poco probable que cambie. Lamentablemente, esta asimetría está generando inestabilidades. A fin de comprender el problema, debemos recordar la visión más amplia dentro de la lógica del multiculturalismo liberal. Como señalé anteriormente, tanto los pueblos indígenas y las minorías nacionales son tratadas como minorías “viejas” o de “patria” en las mayorías de las democracias occidentales. Existen diferencias significativas entre los dos tipos de minorías de patria, pero ambas son reconocidas como poseedoras de intereses legítimos con relación al gobierno de su territorio tradicional, y la expresión de su idioma y cultura dentro de las instituciones públicas del mismo. En este sentido, se las distingue de las minorías nuevas compuestas de inmigrantes, trabajadores de temporada y refugiados.

En el derecho internacional, sin embargo, los puntos comunes entre los pueblos indígenas y las minorías nacionales se han oscurecido. Había, en primer lugar, una justificación comprensible para esta tendencia. Como hemos visto, la subyugación de los pueblos indígenas por los colonizadores europeos fue un proceso más brutal que el sometimiento de las minorías nacionales por sociedades de países vecinos europeos, dejando a los pueblos indígenas más vulnerables y, por ende, en la necesidad más urgente de protección internacional. Como resultado, se ha presentado un argumento moral plausible de dar prioridad a los pueblos indígenas sobre las minorías nacionales en la codificación de los derechos de autogobierno en el marco del derecho internacional.

Sin embargo, lo que comenzó como una diferenciación en la urgencia relativa entre las reivindicaciones de los pueblos indígenas y las de minorías nacionales se ha convertido en una ruptura total en el plano del derecho internacional. Por medio de una amplia gama de documentos internacionales, los pueblos indígenas han sido distinguidos de otras minorías patria, y los reclamos de AT se han limitado a sus primeras expresiones. Las minorías nacionales se han agrupado junto con nuevas minorías y se les ha concedido sólo derechos genéricos, haciendo caso omiso de sus necesidades específicas,

y sus aspiraciones relacionadas con la solución histórica y concentración territorial. La distinción entre pueblos indígenas y otras minorías patria ha asumido por esta razón una importancia dentro del derecho internacional que se encuentra ausente en la teoría y práctica del multiculturalismo liberal.

Desde la perspectiva del multiculturalismo liberal, este intento de crear una barrera/impedimento entre los derechos de los pueblos indígenas y las minorías nacionales es problemática. La clara distinción en materia de derechos parece moralmente inconsistente, debido a que cualquier argumento que exista para reconocer derechos de autogobierno a los pueblos indígenas también se aplica a otros grupos patria. Así se entiende de las explicaciones propias de la ONU específicamente sobre el tema indígena. En un reciente documento, el presidente del Grupo de Trabajo sobre las Minorías de las Naciones Unidas (Asbjorn Eide) y el presidente del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas (Erica-Irene Daes) explicaron su visión de la distinción entre “pueblos indígenas”, por una parte, y “minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas”, por otra (Eide y Daes, 2000). Al explicar el porqué los pueblos indígenas se les reconoce derechos específicos o dirigidos a ellos más allá de aquellos disponibles hacia todas las minorías bajo el genérico artículo 27, los dos Presidentes identificaron tres diferencias fundamentales: (a) mientras que las minorías buscan la integración institucional, los pueblos indígenas buscan preservar un cierto grado de separación institucional; (b) mientras que las minorías buscan los derechos individuales, los pueblos indígenas buscan los derechos colectivamente-ejercitados; (c) mientras que las minorías buscan la no discriminación, los pueblos indígenas buscan la autonomía. Estas son de hecho diferencias relevantes que el multiculturalismo liberal atiende. Pero ninguno de ellas distingue a los pueblos indígenas de las minorías nacionales. En los tres puntos las minorías nacionales caen en el mismo lado que los pueblos indígenas.

En un documento anterior, Daes ofreció una versión algo diferente. Señaló que la característica distintiva de los pueblos indígenas, en comparación con las minorías en general, es que las primeras poseen un fuerte apego a un territorio tradicional. Como dice ella, “el apego a una patria es, sin embargo, definitivo en la identidad e integridad social y cultural de los grupos [indígenas]. Esto puede sugerir una definición muy estrecha, pero precisa de ‘indígenas’, suficiente para ser aplicado a cualquier situación donde el pro-



blema sea uno de distinguir un pueblo indígena [de] la clase más grande de las minorías” (Daes, 1996: párrafo 39). Pero este criterio —“el apego a una patria”— escoge las minorías patria en general, no los pueblos indígenas en particular.

Debido a que los principios fomentados dentro de las NNUU sobre derechos indígenas se aplican también a minorías nacionales, la abismal diferencia en su situación jurídica con respecto a otros grupos carece de cualquier justificación moral. Tal vez sea imposible extender normas de autogobierno a las minorías nacionales, por razones exploradas anteriormente, pero no deberíamos ignorar las inconsistencias morales que esto genera.

La tajante distinción entre minorías nacionales y pueblos indígenas es inestable de otro modo, ya que en la distinción es muy difícil sacar fuera de los casos de Europa y los estados formados por colonos europeos. En Occidente, como hemos visto, hay una distinción relativamente clara establecida entre las minorías nacionales europeas y el pueblo indígena del Nuevo Mundo. Ambos son grupos de la patria, pero el primero ha sido incorporado a un estado más grande dominado por un pueblo vecino, mientras que los segundos han sido colonizados y resueltos por un poder colonial distante. Es menos claro cómo podemos establecer esta distinción en África, Asia o el Medio Oriente.

En cierto sentido, ningún grupo de África, Asia o el Medio Oriente se ajusta al perfil tradicional de los pueblos indígenas. Todas las minorías patria en estas regiones se han incorporado a los Estados más grandes dominados por los grupos vecinos, en lugar de ser incorporados en los estados de los colonos. En ese sentido, todos están más cerca del perfil de las minorías nacionales europeas que a los pueblo indígena del Nuevo Mundo. Por esta razón, varios países asiáticos y africanos insisten en que ninguna de sus minorías debería ser designada como pueblos indígenas. Sin embargo, si se limita la categoría de los «pueblos indígenas» a los estados del Nuevo Mundo, esto dejaría a las minorías patria en gran parte del mundo sin ninguna forma significativa de protección internacional. Si las normas específicas indígenas no se aplican en Asia o en África, entonces estas minorías se quedarían amapradas sólo por los débiles derechos consagrados en el genérico artículo 27, y esto no ofrece ninguna protección para los intereses relacionados con minorías patria.

A fin de extender las protecciones del derecho internacional, la ONU ha tratado de volver a conceptualizar la categoría de los pueblos indígenas para cubrir al menos algunas minorías patria en los estados post-coloniales. Sobre esta visión, no deberíamos centrarnos en si las minorías del territorio nacional han sido dominadas por colonos de un poder colonial distante o por pueblos vecinos. Lo que importa es simplemente los hechos de la dominación, vulnerabilidad y encontrar los medios adecuados para remediarlas. Así las cosas, varias OI han alentado grupos en África y Asia a identificarse como pueblos indígenas a fin de obtener una mayor protección internacional.

Esta campaña por ampliar la categoría de los pueblos indígenas más allá de su configuración original del Nuevo Mundo es el resultado lógico de la motivación humanitaria que llevó a la selección de los pueblos indígenas en el primer lugar. En la medida que la motivación de los derechos objetivos era el distintivo de la vulnerabilidad de los pueblos indígenas en los estados de colonos del Nuevo Mundo, era natural expandir la categoría para incluir a grupos de otros lugares en el mundo que comparten las mismas vulnerabilidades, aun si ellos no estaban sujetos al colonialismo de los colonos.

La dificultad real, sin embargo, es cómo distinguir qué grupos patria en África, Asia o el Oriente Medio deberían ser designados como pueblos indígenas bajo el derecho internacional. Una vez que empezamos a aplicar la categoría de pueblos indígenas más allá del caso central de los estados colonos del Nuevo Mundo, no hay un punto de parada claro. De hecho, hay desacuerdos importantes dentro de las OI acerca de cómo aplicar la categoría de pueblos indígenas en los estados post-coloniales (Kingsbury, 1998). Algunos lo limitan a los pueblos aislados, como las tribus de las montañas o los pueblos de los bosques en el sureste de Asia, o los pastores en África. Otros, sin embargo, ampliarían la categoría para abarcar todas las minorías patria históricamente subordinadas que sufren alguna combinación de exclusión política o vulnerabilidad cultural.

Bajo estas circunstancias, los intentos de establecer una distinción tajante entre las minorías nacionales y los pueblos indígenas parecerán arbitrarias. Además, cualquier categoría, sería políticamente insostenible. El problema aquí no es simplemente que la categoría de los pueblos indígenas tiene zonas grises y límites difusos. El problema, más bien, es que mucho

depende sobre de qué lado de la línea caen los grupos, y como resultado, existe una intensa presión política para cambiar el lugar donde se dibuja la línea, de manera que son políticamente insostenibles.

Como debería quedar claro hasta este punto, el marco actual de la ONU no proporciona ningún incentivo para que cualquier minoría patria se identifique a sí misma como una minoría nacional, puesto que las minorías nacionales sólo pueden reclamar derechos de las minorías genéricas. En cambio, todas las minorías patria tienen un incentivo para (re)definirse a sí mismas como “pueblos indígenas”. De catalogarse bajo el epígrafe de “minoría nacional” de la ONU, no conseguirían nada más allá de los derechos genéricos del artículo 27; si se catalogan como “pueblos indígenas”, tienen la promesa de adquirir derechos sobre la tierra, control sobre los recursos naturales, autonomía política, derechos lingüísticos y pluralismo jurídico.

No es sorprendente, que un número creciente de grupos patria en África, Asia y el Medio Oriente están adoptando cada vez más la categoría de indígenas. Consideremos la minoría de habla Árabe en la región de Ahwaz de Irán, cuyo país patria ha sido objeto de políticas estatales de persianización, incluida la supresión de los derechos en lengua Árabe, el cambio de nombre de ciudades y pueblos para borrar evidencias de su historia Árabe, y políticas de asentamiento que inundaron los Ahwaz con los colonos pérsicos. En el pasado, los líderes de Ahwaz se han presentado ante el Grupo de Trabajo sobre las Minorías de las Naciones Unidas para quejarse de que sus derechos como minoría nacional en relación con sus territorios tradicionales no han sido respetados. Debido a que la ONU no reconoce a las minorías nacionales un derecho distintivo con respecto a sus zonas de asentamiento histórico, los Ahwaz se han re-definido a sí mismos como un pueblo indígena, y han logrado asistir al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas. Del mismo modo, diversas minorías patria en África que una vez asistieron al Grupo de Trabajo sobre las Minorías han vuelto a re-definirse a sí mismos como pueblos indígenas, principalmente para obtener la protección por sus derechos sobre la tierra (Lennox, 2006). Los líderes entre los tártaros de Crimea, Roma, afro-Latinos, palestinos, chechenos y tibetanos están debatiendo si se autoidentifican como indígenas. Incluso los kurdos —el ejemplo de libro de texto de una minoría nacional sin estado— están debatiendo esta opción.

En todos estos casos, las minorías nacionales están respondiendo al hecho de que los derechos de las minorías genéricas de las Naciones Unidas están “considerados como fatalmente débiles” (Barsh, 1994), ya que no protegen ninguna reclamación basada en asentamientos históricos o apegos territoriales. Teniendo en cuenta al derecho internacional tal como está hoy en día, el reconocimiento como un pueblo indígena, es la única vía para asegurar la protección de estos intereses.

La disponibilidad de esta ruta de puerta-trasera para las minorías nacionales dirigidas a obtener derechos de autogobierno específicos, puede parecer positiva. Después de todo, desde la perspectiva del multiculturalismo liberal, la lógica moral subyacente, debe ser el reconocer los intereses legítimos relativos a la solución histórica y el territorio compartido por todas las minorías patria, ampliando la categoría de los pueblos indígenas es una forma posible de hacer esto.

Desafortunadamente, este no es un enfoque sostenible. La tendencia de las minorías nacionales de adoptar la categoría de pueblos indígenas es probable que conduzca al colapso del sistema internacional de los derechos indígenas. Como hemos visto, la ONU y otras OI han rechazado repetidamente los intentos de codificar los derechos de autogobierno por parte de grupos de poder subestatales nacionales, en parte debido a sus implicaciones para la seguridad geopolítica. Ellas no van a permitir que dichos grupos obtengan derechos de autogobierno a través de la puerta de atrás mediante la redefinición de sí mismos como pueblos indígenas. Si más y más grupos patria adoptan la etiqueta de indígenas, el resultado probable es que las OI se retirarán del tema de derechos indígenas.

Esto sugiere que el futuro de las NNUU sobre asuntos indígenas a largo plazo no está claro. A menudo se lo cita como la historia más clara de éxito en el desarrollo internacional de los derechos de las minorías, pero su éxito se basa en cimientos poco sólidos. La ONU ha tratado de crear una malla de seguridad jurídica entre los derechos de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Esta protección de seguridad se necesitó para obtener que el tema indígena cogiera fuerza, pero está en contradicción con la lógica del multiculturalismo liberal, y es políticamente insostenible. Un marco internacional duradero requiere de una explicación más coherente de la relación entre pue-

blos indígenas y las minorías nacionales, y un enfoque más coherente de derechos de autogobierno.

## VI. Conclusión

Nuevas normas de los derechos de las minorías han surgido dentro del derecho internacional al mismo tiempo que nuevas teorías del multiculturalismo liberal, han surgido dentro de la filosofía política. El desarrollo de ambas se apoyan mutuamente en muchos aspectos: los ideales del multiculturalismo liberal, han contribuido a configurar o dar forma al derecho internacional y el derecho internacional ha ayudado a promover el multiculturalismo liberal.

Sin embargo, hay límites en la medida en que el derecho internacional puede servir como un vehículo para promover el multiculturalismo liberal. Si comparamos las normas internacionales vigentes sobre derechos de minorías con las conclusiones de las teorías multiculturalistas liberales, encontraremos varias lagunas. Las dos convergen más estrechamente en la esfera de los derechos indígenas, donde las normas de las NNUU son muy similares a las teorías liberales de los derechos indígenas, particularmente en su compromiso con el autogobierno, los tratados de derechos y las reivindicaciones de tierras. Hay una mayor divergencia en la zona de minorías nacionales. En este contexto, el multiculturalismo liberal ha apoyado de forma general una norma de autonomía territorial y el estatus de lengua oficial, pero los intentos de formular tales ideas en el derecho internacional han sido decididamente rechazados. De esta forma la divergencia es tal vez mayor en el caso de los inmigrantes, en el cual no ha habido ningún intento de formular normas internacionales basadas en las teorías del multiculturalismo liberal.

Estas diferencias reflejan en parte las relaciones de poder en las que se basa el derecho internacional. Después de todo, las organizaciones internacionales son clubes de estados, y por lo tanto, no son árbitros neutrales en el tratamiento de los conflictos entre estados y sus minorías. Sería realmente sorprendente si los clubes de los estados apoyarían un fortalecimiento de los derechos de minorías, sobre todo en lugares donde esas minorías encarnan un desafiante obstáculo a la soberanía estatal.

Pero la *raison d'état* no es toda la historia. Las OI de hecho, han mostrado gran simpatía por los ideales del multiculturalismo liberal. Si las actuales normas internacionales de derechos de las minorías proporcionan sólo un pálido reflejo de esos ideales, esto es en parte debido a las auténticas dificultades para traducir el multiculturalismo liberal en el derecho internacional. Las condiciones que permitieron al multiculturalismo liberal echar raíces (de manera desigual) en las democracias occidentales no existe en muchos países, y promover el multiculturalismo liberal, sin prestar atención a estas condiciones subyacentes puede agravar en lugar de mitigar los conflictos étnicos. Por otra parte, las categorías básicas que se utilizan en las teorías del multiculturalismo liberal —como las categorías de “pueblos indígenas” y “minorías nacionales”— se basan en la experiencia de regiones particulares, y puede que no funcione bien en una escala global.

Estas dificultades no deberían sorprendernos. El ejercicio de formular las normas internacionales de derechos de las minorías es relativamente reciente, así como el intento de formular teorías normativas del multiculturalismo liberal. Estamos todavía en las primeras etapas de pensar sobre cómo las dos pueden y deberían apoyarse unas a otras.

## VII. Bibliografía

- Anaya, James, *Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Oxford University Press), 2004.
- Barsh, Russel Lawrence, Pueblos Indígenas en el decenio de 1990: ¿De Artículo a Tema de Derecho Internacional?, “*Diario de Derechos Humanos de Harvard*” 7: 33-86, 1994.
- Daes, Erica-Irene, “Documento de trabajo sobre el concepto de ‘pueblos indígenas’, preparado para el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas” (ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996 / 2), 1996.
- Eide, Asbjorn y Erika-Irene Daes, “*Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los de los pueblos indígenas*”, preparado para la Sub-Comisión de

- Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Naciones Unidas doc. E/CN.4/Sub.2/2000/10), 2000.
- Gagnon, Alain y James Tully (eds.), *Democracias multinacionales*, Cambridge University Press.
- Iverson, Duncan et al. (eds.), *Teoría política y los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Cambridge University Press, 2000.
- Kingsbury, Benedict, “Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional: un enfoque constructivista de la controversia”, en *Diario Americano de Derecho Internacional* 92 / 3: 414-57, 1998.
- Kymlicka, Will, *Odiseas Multiculturales*, Oxford University Press, 2007.
- Lennox, Corinne, “El Cambio Internacional de Regímenes de Protección de las Minorías y Pueblos Indígenas” (presentada a los estudios de la Asociación Internacional de San Diego, marzo de 2006).
- Wheatley, Steven, *La Democracia, las Minorías y el Derecho Internacional*, Cambridge University Press, 2005.

# Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos

David Sánchez Rubio\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Sobre los conceptos de patrimonio o herencia común de humanidad y de bienes comunes. III. Problemas y obstáculos. 3.1. La colonización-mercantilización de todas las parcelas de la vida. 3.2. ¿En qué consiste este proceso que intentaremos explicar brevemente? 3.3. Los condicionantes del paradigma estatalista: lo público y lo común. 3.4. Las dos edades de la herencia común de la humanidad. IV. Hacia una propuesta emancipadora de recreaciones, cuidados y entornos comunes para la humanidad desde derechos humanos. 4.1. La no comercialización de los bienes comunes. 4.2. Titularidad y gestión de la herencia y las recreaciones comunes. 4.3. Herencia común y derechos humanos. V. Una propuesta específica: herencia, recreaciones y cuidados “locales” de la humanidad a partir de la especificidad indígena y los derechos de los pueblos. VI. Bibliografía.

---

\* Profesor titular del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla.



## I. Introducción

Hoy en día, en el contexto de los procesos de globalización, donde parafraseando a Franz Hinkelammert, el planeta Tierra es tan redondo, tan redondo que si disparamos una bala, ésta da la vuelta rápidamente golpeándonos por detrás, existen problemas y preocupaciones globales a los que hay que darles soluciones, al menos, con pretensiones también globales, dado el peligro de supervivencia en el que se encuentran tanto la humanidad en su conjunto, como la naturaleza.

En este sentido, conocida es la anécdota que le sucedió al entonces ministro de Educación de Brasil y ex alcalde de la ciudad de Brasilia, Cristovao Buarque en su viaje a Estados Unidos, cuando se le preguntó sobre qué pensaba en relación con la internacionalización del Amazonas.

Lo que queremos destacar ahora es que tanto la pregunta que le hicieron como la respuesta que expresó aludían a un tema básico para el mundo en el que vivimos y que gira en torno al llamado patrimonio (o herencia) común de la humanidad, independientemente de la aguda e irónica respuesta que Cristovao Buarque dio como “humanista brasileño”, con la que reivindicaba la soberanía nacional y denunciaba la hipócrita preocupación de la comunidad internacional por ser solidaria con el ser humano en el tema del Amazonas, pero sin preocuparse de serlo con relación a problemas tales como la reserva del petróleo, el capital financiero, Naciones Unidas, los arsenales nucleares, las reservas forestales y los derechos de los niños.

A lo largo de estas páginas vamos a discutir sobre una serie de cuestiones relacionadas con esta figura, vinculándolo, además, con otras problemáticas que tienen mucho que ver con el concepto de derechos humanos, la idea de soberanía y la titularidad y gestión local de los bienes comunes, a partir de las prácticas de los movimientos sociales.

Toda mediación, institución y creación humana pueden ser dotadas de un carácter emancipador y liberador o un carácter dominador y de imperio en función de las intenciones y las prácticas desarrolladas, junto con la disposición y las posibilidades para que las personas tengan la capacidad de otorgar sentido y poseer control sobre todo aquello que generan. Según el contexto sociocultural y el momento espacio-temporal, nos podemos tratar y se nos puede tratar como sujetos o como objetos. Tanto con el mal llamado patrimonio común

de la humanidad como con los derechos humanos se pueden establecer teorías y acciones basadas en tramas sociales de dominación o de emancipación. Lo mismo sucede con el sistema de garantías que se trate de implementar como propuesta de protección de ambas instituciones, entre los que cabe mencionar a los sistemas de propiedad intelectual.

El debate actual sobre cuál debe ser la titularidad (si local, nacional o internacional; si pública o privada), cómo se debe gestionar (individual, comunitaria o colectivamente, o estatal o internacionalmente) y cómo proteger determinados bienes considerados esenciales para toda la humanidad y la naturaleza (si política, jurídica, cultural y/o económica), hay que situarlo vislumbrando cuáles son las dinámicas que empujan su defensa: si bajo lógicas en las que el ser humano junto con la naturaleza no son los principales referentes, o bajo lógicas en las que la biodiversidad y la pluralidad humana y sus condiciones de posibilidad de existencia y desarrollo son el objetivo central.

A continuación, este será el camino de orientación que intentaremos seguir con este trabajo.

## II. Sobre los conceptos de patrimonio o herencia común de humanidad y de bienes comunes

Si bien es cierto que la terminología de bienes comunes es de origen anglosajón, son muchos los pueblos y comunidades (como los pueblos indígenas) que tienen bienes, espacios, usos y entornos con un sentido colectivo equivalente, pese a que no sea fácil su traducción. En este trabajo se defiende la expresión recreaciones, cuidados, espacios y entornos comunes para quitarle la excesiva carga patrimonialista, economicista y eurocéntrica del concepto de patrimonio común y para subrayar la dimensión socialmente producida tanto por los seres humanos como por colectivos que son los encargados de construir las instituciones y las mediaciones, a través de las tramas sociales y relaciones desarrolladas entre ellos y con la naturaleza. Incluso hablar de “bienes” conlleva cierta connotación muy influida por una cultura mercantilista<sup>1</sup>.

---

1 Gallardo, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Editorial Tierra Nueva, Quito, 2000. Del mismo autor, Siglo XXI: *militar en la izquierda*, Arlekin, San José, 2005; Siglo XXI: *producir un mundo*, Arlekin, San José, 2006; y *Derechos humanos como movimiento social*,

El concepto de patrimonio o herencia común de la humanidad alude a una serie de bienes culturales y naturales que como consecuencia de su importancia para las condiciones de existencia de la Tierra y de la humanidad, necesitan una protección y un tratamiento internacional y con dimensiones globales.

En concreto, expresa la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia que tienen para la sostenibilidad y la calidad de vida sobre la tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad, tanto presente como futura. Por ejemplo, bienes, entornos y espacios como la selva del Amazonas, la Antártida, los océanos, las Islas Galápagos, los mares, el agua, la biosfera, la biodiversidad, el aire, son discutidos en términos de si deben o no deben ser considerados como patrimonio o herencia común<sup>2</sup>.

El concepto de herencia común de la humanidad fue formulado por primera vez en 1967 por el Embajador de Malta ante la ONU, Arvid Pardo en relación al problema de la regulación internacional de los océanos y del lecho submarino. El funcionario maltés propuso que el lecho, el suelo y el subsuelo oceánicos debían tener un status especial como herencia común de la humanidad y, para ello, debían reservarse en tal calidad sólo para que fueran administrados con fines pacíficos, por una autoridad internacional para que todos los pueblos fueran sus beneficiados<sup>3</sup>.

La idea que subyacía detrás de este concepto propuesto por Arvid Pardo era la de poner freno a las pretensiones hegemónicas que en ese momento poseían las grandes potencias con Estados Unidos y la URSS a la cabeza, de apropiarse de todos los recursos naturales del planeta, a partir de una estrategia política y económica ya tradicional estatalista, de corte bien liberal o de corte más socialista.

Tradicionalmente ha habido aspectos de la vida y determinados bienes que, desde tiempos remotos, se han aceptado como de propiedad colectiva, o como el patrimonio común de todos los pueblos y comunidades que exis-

---

Ediciones desde abajo, Bogotá, 2006. Véase también Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, MAD, Sevilla, 2007.

2 Pureza, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad*, Trotta, Madrid, 2002.

3 Santos de Sousa, Boaventura, *La globalización del derecho*, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 1998.

ten para que todos los compartan. Son bienes comunes de dos tipos y ambos coinciden en una característica clave: pertenecen a todos y nadie, en teoría, tiene un derecho exclusivo sobre ellos<sup>4</sup>:

- a) Los llamados bienes “comunes de la comunidad” que aluden a espacios públicos, tierras comunales, bosques, conocimientos tradicionales y semillas de una comunidad desarrolladas desde tiempos ancestrales y que afectan a un colectivo de personas que viven dentro de un proyecto común de vida social, cultural y/o étnico y que puede tener dimensiones locales, regionales y/o nacionales.
- b) Los bienes como la atmósfera, los océanos, el espacio exterior, la Luna, la Antártica llamados “comunes globales” y cuyos destinatarios hacen referencia no a un colectivo determinado, sino a todos los seres humanos.

Los denominados bienes comunes (*commons*) tenían una fuerte tradición en la Edad Media en países o regiones como Gales o Inglaterra. Determinadas superficies o terrenos eran considerados espacios abiertos sin cercas que podían ser disponibles colectivamente, con base al derecho consuetudinario, para actividades como por ejemplo el pastoreo, la pesca, el forraje o la recolección de leña. Se les llamaba “comuneros” a quienes dependían de su uso<sup>5</sup>.

No obstante, por lo general, las lógicas de inclusión y de exclusión que en el disfrute de esos bienes se han proyectado sobre determinados colectivos han dependido de diferentes circunstancias de tipo cultural, político, económico, social y étnico. La concretización de su uso no ha afectado por igual a todos los seres humanos, puesto que muchos han sido quienes han sufrido múltiples procesos de discriminación, marginación y exclusión, quedando fuera del ámbito de reconocimiento por ser, por ejemplo, negro, indígena, mujer o no ciudadano.

En el caso anglosajón, lamentablemente, los campos y terrenos comunes fueron poco a poco desmantelados, provocando lo que el estadounidense Garret Hardin bautizó en 1968 con el nombre de la “tragedia de los comu-

4 VV.AA., *Alternativas a la globalización económica*, Foro Internacional sobre Globalización, Gedisa, Barcelona, 2003.

5 Kneen, Brewster y Grain, “*El clamor por bienes y entornos comunes*”, en Revista Biodiversidad, sustento y culturas, nº 52, Internet, [www.biodiversidadla.org](http://www.biodiversidadla.org). Acceso: 22 mayo 2007.

nes”. La aristocracia inglesa se fue apoderando de esos espacios, cerrándolas con muros y cercas, privatizándolas y destinándolas para fines comerciales. La pobreza provocada por esta desposesión fue muy grande, siendo muchas las personas afectadas y que, además, tuvieron que sufrir un proceso trágico de transformación, al obligárseles a convertirse en mano de obra asalariada barata.<sup>6</sup> Algo parecido está sucediendo en la actualidad, pero en un contexto muy diferente dominado por los procesos de globalización. Como se expondrá seguidamente, la lógica del capital y del mercado absoluto devora todo lo que se encuentra y sólo se preocupa por la obtención del máximo beneficio, sin importarle las condiciones de existencia diferenciadas de los seres humanos.

### III. Problemas y obstáculos

Hoy en día, los bienes comunes están experimentando significados y procesos dispares y contradictorios. Incluso se ven envueltos en límites y obstáculos diversos que dificultan su implementación y conservación. Varios son los problemas que se presentan a la hora de delimitar la titularidad, el uso, la administración y los fines que deben establecerse con este tipo de bienes. De ellos solo vamos a destacar dos muy relacionados entre sí:

- a) Las consecuencias del proceso de mercantilización de todas las parcelas de la vida.
- b) Los condicionantes del paradigma estatista.

#### 3.1. La colonización-mercantilización de todas las parcelas de la vida

En siglos pasados, los bienes comunes fueron perdiendo su condición comunitaria o colectiva y experimentaron un proceso de privatización con fines comerciales. De esta manera se les fue quitando su dimensión solidaria y, en cierta medida, pública e inclusiva. Ahora, ese proceso se acentúa y se ven amenazados por el denominado proceso de mercantilización de todas las par-

---

<sup>6</sup> Kneen, Brwester y Grain, *op. cit.*

celas de la vida, que Karl Polanyi vaticinó en su obra *La gran transformación*, cuya dinámica provoca consecuencias excluyentes<sup>7</sup>.

### 3.2. ¿En qué consiste este proceso que intentaremos explicar brevemente?

Durante los dos últimos siglos (XIX-XX) hemos sido testigos de una tendencia en el que todas las facetas de la existencia social han ido quedando reducidas al mecanismo de la oferta y la demanda, regulado por el sistema de precios. Dicho mecanismo es considerado como un postulado, y se exige su aceptación, al estilo de los misterios de la fe religiosos. Tanto se ha extendido esta dinámica del capitalismo en el ámbito de nuestras relaciones sociales, que pocos van siendo los espacios que se salvan del proceso tanto de subsunción formal como material del capital<sup>8</sup>. Este proceso se ha realizado en diversas etapas, incluso hoy día continúa adelante. Incluso las consecuencias sobre los bienes comunes suelen ser perversas, puesto que bajo una lógica privatizadora y mercantil, se venden como si fueran para el disfrute de todos, invisibilizando su dinámica excluyente.

Poco a poco, el capitalismo, junto a la creación de un modo social y técnico propio (el industrialismo), ha ido extendiendo las relaciones mercantiles más allá de los productores y los insumos de la división social del trabajo de sus inicios, hasta que ha ido llegando a abarcar las mismas condiciones generales de producción y reproducción. Para ello necesita apropiarse de la naturaleza y de la acción de los seres humanos. Requiere que todos los bienes funcionen en tanto mercancías y que los ingresos procedan de relaciones mercantiles. De este modo acaba transformando los medios de producción y de vida en capital, y la fuerza de trabajo en mercancía. Unos y otros podrán comprarse y venderse libremente en el mercado y tendrán un precio. Trabajo y tierra, en tiempos del capital, se tornan objetos apropiables y vendibles. Los bienes comunes ya no sirven, solo si se privatizan o se gestionan desde una lógica capitalista.

7 Polanyi, K., *La gran transformación*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1997.

8 Sánchez Rubio, David, Solórzano Alfaro, Norman J., Lucena Cid, Isabel, *Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*, Icaria, Barcelona, 2004.

En este sentido, la propia Vandana Shiva denuncia que las tierras, los bosques, los ríos, los océanos y la atmósfera han sido ya colonizados, erosionados y contaminados. Por ello, el capital tiene ahora que buscar nuevas colonias que invadir y explotar para continuar con el proceso de acumulación y privatización<sup>9</sup>. Por consiguiente, los espacios vitales de las especies vegetal, animal y humana son las nuevas colonias del capital, la *terra nullius* del presente sobre la que los estados económicamente más fuertes, junto con el encadenado mercado libre, pueden morder con sus fauces.

A través del paso, lento pero seguro, de la subsunción formal a la subsunción real, el capital intenta no tener un afuera (exterioridad); es decir, no admite coexistir con otras concreciones socio-históricas, como pueden ser otros modos culturales de producción, otras formas de entender las relaciones sociales, otros sistemas de cuidar, usar y disfrutar los entornos y espacios naturales o distintos tipos de conocimiento. Todas éstas quedan proscritas e invisibilizadas, pues el capital no admite competencia ni interpelación. Evidentemente, en este proceso nos encontramos con una manera particular de operar y, además, ocurren una serie de efectos sociales, culturales y medioambientales característicos, cuya dirección va encaminada hacia el control, hasta la eliminación, de la vida humana, la naturaleza y de toda la diversidad que les son propios.

Sobre esta dinámica Karl Polanyi llamaba la atención, siguiendo los avisos de Karl Marx, “por tanto, la producción capitalista sólo sabe desarrollar la técnica y la combinación del proceso social de producción socavando al mismo tiempo las dos fuentes originales de toda riqueza: la tierra y el hombre” contenidos en su formulación de la ley de la pauperización. La denuncia de Polanyi evidenciaba la destrucción acumulativa del ser humano y la naturaleza por la mano invisible del mercado, en tanto efectos no intencionales<sup>10</sup>. Para el economista austro-húngaro, trabajo y tierra son realidades que constituyen la esencia misma de toda sociedad y que deben ser ejercidas y disfrutadas por la totalidad de sus miembros. En el instante en que

9 Vandana Shiva, *Biopiratería. El saqueo de la naturaleza y del conocimiento*, Icaria, Barcelona, 2001.

10 Hinkelammert, Franz J., *El mapa del emperador. Determinismo, caos, sujeto*, DEI, San José, 1996; Polanyi, K., *La gran transformación*; y Marx, Karl, *El Capital*, Vol. I, FCE, 2ª edición, México, 1959.

se mercantilizan, es decir, se subordinan a las leyes del mercado, se termina por mercantilizar la sociedad entera.

Ahora bien, resulta que ambas fuentes de riqueza son realidades sociales y no mercancías en sí mismas, pues ninguna es objeto reproducible para la compra/venta en un mercado. Su razón de ser es más compleja y rica. Son, entonces, transformadas en mercancías ficticias<sup>11</sup>. Esta conversión, considerada obligada y necesaria por el sistema y sus defensores, se totaliza hasta niveles que llevan, directamente y por su propia dinámica, a la destrucción de la sociedad y de la naturaleza

Dice el propio Polanyi:

Permitir que el mecanismo del mercado dirija por su cuenta y decida la suerte de los seres humanos y de su medio natural, e incluso que de hecho decida acerca del nivel y de la utilización del poder adquisitivo, conduce necesariamente a la destrucción de la sociedad. Y esto es así porque la pretendida mercancía denominada “fuerza de trabajo” no puede ser zandeada, utilizada sin ton ni son, o incluso ser inutilizada, sin que se vean inevitablemente afectados los individuos humanos portadores de esta mercancía peculiar. Al disponer de la fuerza de trabajo de un hombre, el sistema pretende disponer de la entidad física, psicológica y moral “humana” que está ligada a esta fuerza. (...). La naturaleza se vería reducida a sus elementos, el entorno natural y los paisajes serían saqueados, los ríos polucionados<sup>12</sup>.

De esta forma, los epígonos de la economía de mercado, partidarios de privatizarlo todo, aspiran, estructural e ideológicamente, a la consecución de una economía de mercado total. Desde esta perspectiva, ya no hay realidades ajenas al mercado, que se supone, garantizan el bien común. Todo se mira a través del filtro de sus instituciones y comportamientos. Se aspira a una aproximación asintótica hacia una sociedad exclusivamente regulada por las leyes mercantiles. En el camino se rechaza cualquier intento de disminuir o corregir este trayecto de perfección, que conlleva consecuencias entrópicas.

---

11 Polanyi, K., *La gran transformación*, especialmente la página 128; también en su obra *El sustento del hombre*, Mondadori, Barcelona, 1994.

12 Polanyi, K., *La gran transformación*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1997.



No obstante, llegados a ese momento surgen las paradojas, porque no se admite rectificación alguna, ninguna referencia diferente o alternativa<sup>13</sup>. Ese marco teórico y la proyección estructural del libre comercio y la competencia perfecta reducen toda la racionalidad económica a racionalidad instrumental medio-fin. Se subvierte, así, la importancia crucial de la racionalidad reproductiva entendida como aquella que alude y atiende a las condiciones de existencia de nuestra especie y con la que los bienes comunes tienen más sentido. Desde este prisma excluyente del libre mercado, se califica de “externalidad”, de “distorsión” al mismo, cualquier acción que pretende paliar la destrucción de la naturaleza o de la vida en general. De ahí que la lógica implícita en los bienes comunes basada en la solidaridad colectiva y en los reconocimientos mutuos no tenga cabida. La carrera por la eficiencia y la competitividad se convierte en amenaza contra la misma continuidad y supervivencia del planeta. La sociedad mercado-céntrica realiza una abstracción del circuito natural, que permite la vida humana a partir de sus necesidades satisfechas individual y colectivamente (en común), y termina expandiendo un orden destructivo, basado en la primacía de las relaciones mercantiles sobre el conjunto del espacio social. El orden de la economía de mercado socava los conjuntos reales, sociales, naturales y comunes dentro de los cuales acontece<sup>14</sup>.

En concreto, con respecto a los bienes comunes, nos encontramos con que están siendo afectados por ese mismo proceso de mercantilización. Si bien existen organizaciones sociales y colectivos que, por lo general, entienden por bienes o entornos comunes como una instancia de salvación que se levanta como arma de protección y de defensa frente al debilitamiento de las instituciones públicas con motivo de las privatizaciones, y así garantizar derechos de acceso colectivo y derechos para compartir esos bienes en nombre del interés de todos, lo cierto es que los bienes comunes se están *resignificando* a partir de la lógica del capital, en el sentido de que si todos tienen acceso a su uso y disfrute, estos pueden canalizarse a través de un discurso que defiende que el mercado es la mejor manera de democratizar su gestión, uso y disfrute, cuando lo que realmente sucede es un proceso de consolidación

13 F. J., Hinkelammert y H., Mora, *op. cit.*

14 *Ídem*. Véase también de ambos autores, *Una economía para la vida*, DEI, San José, 2005.

de separación entre los más fuertes y los más débiles económicamente. Esta es una de las razones de que Cristovao Buarque respondiera desde una postura anti-internacionalista dominada por el capital.

Según Brewster Kneen y Grain, los bienes o entornos comunes si no son definidos adecuadamente pueden representar un cheque en blanco para los agentes privatizadores que pueden acceder a territorios, espacios y entornos que serían de acceso libre o abierto para todo el mundo, incluida las multinacionales. Desde esta lógica, nos encontraríamos con la situación paradójica de que si la Amazonía brasileña y latinoamericana fuese declarada como *patrimonio común de la humanidad*, la empresa Monsanto sedienta de patentes tendría los mismos derechos a sus riquezas que los kayapó<sup>15</sup>.

### **3.3. Los condicionantes del paradigma estatalista: lo público y lo común**

Por otro lado, junto con este proceso de mercantilización del mundo por parte del capital, los bienes comunes también se han encontrado con otro limitante u obstáculo: el paradigma estatalista. Pese a que en un principio la institución del Estado ha sido un instrumento útil de protección frente al control privado al tener una responsabilidad de velar por el bienestar de la población en su conjunto, al final, en el contexto actual está pasando a ser un aliado más del capital. Asimismo, pese a representar internamente el ámbito de lo público, en su proceso de expansión externa, ha sido también un arma de exclusión frente a otras culturas y colectividades.

Tradicionalmente, el acceso a los recursos naturales, ha estado vinculado con la acción expansionista de los estados. Las relaciones internacionales, dentro de la trayectoria histórica occidental, se han movido condicionadas por la institución del Estado y a través del propio sistema interestatal. Sobre esta base se ha constituido, por ejemplo, el Derecho Internacional tradicional, que se ha basado en los estados como unidades autónomas y soberanas separadas política, económica y territorialmente. Desde este referente, la tendencia dominante de los países respecto a los re-

---

15 Véase Kneen, Brewster y Grain, *op. cit.*

cursos y a los espacios comunes, ha sido la de proyectar sus pretensiones soberanas a partir de una concepción absoluta del principio de territorialidad, con el propósito de atribuirse derechos sobre los recursos naturales<sup>16</sup>. Las consecuencias han sido claras: la población y dentro de ella, quienes eran considerados ciudadanos se vieron beneficiados de las actuaciones públicas de los estados. En cambio, quienes no eran considerados ciudadanos junto con los no nacionales, quedaron fuera de la participación, uso y disfrute de los bienes y cosas públicas.

Asimismo, a partir del siglo XVI, el acceso a los recursos se hace depender completamente del juego de fuerzas entre los estados-individuos. Se trata de un modelo que crea muchas asimetrías entre los más fuertes y los más débiles. A ello se le une la fusión del capitalismo con la modernidad. La lógica del *first come, first served* se basaba en el presupuesto del carácter inagotable de los recursos y en una perspectiva limitada de su utilización. Quien llegaba primero a tierra de nadie y realizaba una ocupación efectiva, se convertía en propietario de los bienes recién descubiertos y adquiridos. Sobre una filosofía basada en la libre apropiación individual (procedente de la concepción romana de *res nullius*) y la libre utilización desregulada de territorios sin dueño (*res communis*), se construían las condiciones de mercado bajo un régimen de propiedad pública individualizada y privatizada para cada Estado escoltado por sus compañías y empresas.

Curiosamente, no resulta sorprendente, que los principales actores de la ocupación efectiva, conquista y colonización fueran los sacerdotes, los militares y los comerciantes. Religión, ejército y mercado han sido la punta de lanza de la apropiación de los recursos y espacios naturales. Por esta razón, Vandana Shiva ha llegado a identificar al GATT y a la Organización Mundial del Comercio como una versión secular de la Bula Papal de Alejandro VI, en la cual el Pontífice autorizaba a las potencias cristianas a apropiarse de las tierras americanas *descubiertas*, que no estuvieran ocupadas por rey o príncipe cristiano. Si los títulos territoriales concedidos por el Papa constituyen el primer antecedente de los títulos de patente, el ADPIC realiza una versión actualizada y perfeccionada de ellos. En ese sentido, el ADPIC es la autorización actual para el pillaje que en el pasado fuera realizado por los

---

16 Véase Pureza, José Manuel, *op. cit.*

colonizadores y que está destrozando todo bien y recreación común y/o comunal<sup>17</sup>.

De esta forma, hasta la estrategia discursiva que pretende legitimar este estado de cosas es una edición actualizada del antiguo argumento con el que se justificaban las acciones de conquista y colonización. En aquel momento la conquista y colonización de los nuevos territorios se hacían presuntamente para liberar a aquellos pueblos conquistados de sus condiciones primitivas y de barbarie. Asimismo, eran asumidas como un “derecho natural” del colonizador, argumentación que termina siendo perfeccionada por John Locke y es la que informa las tendencias del capitalismo moderno el cual, a través de la biopiratería y del proceso de mercantilización de todas las parcelas de la vida, pretende establecer un “derecho natural” de las empresas transnacionales y los estados más poderosos, so pretexto de que sus acciones y privilegios están en orden al desarrollo de los países y comunidades pobres del Tercer Mundo. En su *Segundo Ensayo sobre el gobierno civil*, Locke señala que en el estado natural, la tierra es común a los hombres, pero solo quien la cultiva es quien la tiene, la tierra no pertenece en común a todos, sino que pertenece al género humano. De ello deduce que los pueblos de América del Norte no tienen la propiedad de sus tierras. Como es común y pertenece al género humano, los europeos pueden tomarla<sup>18</sup>.

A pesar de esta política expansionista, el desarrollo tecnológico y el crecimiento demográfico han ido poniendo de manifiesto la limitación de los recursos disponibles en el planeta en términos absolutos. Arvid Pardo, ante la conciencia de esta finitud, representa en los años setenta del siglo XX, a quienes son conscientes de que es necesario un reparto equitativo de los recursos junto con un consumo responsable. Por ello, el problema y la contradicción entre la supuesta titularidad común de los recursos y su libre utilización, provocó la propuesta de que existiera una autoridad suprema internacional que representara el interés colectivo de todas las naciones. Se debía elaborar un régimen jurídico internacional bajo una autoridad

17 Vandana, Shiva, *op. cit.*

18 Hinkelammert, Franz, “Sobre la inversión ideológica de los derechos humanos en John Locke” en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Briuer, Bilbao, 2000.

encargada de hacer efectivo principios y valores que potencien el bien común global<sup>19</sup>.

Además, Arvid Pardo ofreció un principio cualificado de no apropiación del espacio común, resaltando la participación equitativa en los resultados de la exploración y explotación de los recursos. Ahora, entidades naturales de vital importancia como los océanos, la selva amazónica, el agua, se intenta que pertenezcan a la humanidad entera, y que todos los pueblos, no solo los estados más poderosos, tengan derecho a opinar y participar en el manejo y la distribución de los recursos y los bienes comunes, enfrentando en unos casos su mercantilización y en otros basándose en su misma lógica.

Por otra parte, tampoco resulta extraño que bajo estas tendencias y dinámicas mercantilistas, se haya producido una confusión entre los conceptos de lo público y lo común. Históricamente, lo público ha representado aquello gestionado bajo la jurisdicción del Estado y que ha sido preservado fuera del control privado para el disfrute o al servicio de todos. Pero el neoliberalismo está destruyendo esta responsabilidad. Son muchos los estados que actúan como agentes activos de este proceso de privatización. Por ello, el control estatal puede ser un factor clave en el mantenimiento o agravamiento de la inequidad y la injusticia. Asimismo, no se debe olvidar que muchos de los recursos naturales que los estados consideran “públicos”, fueron arrebatados violentamente de las manos de muchas culturas, pueblos y colectivos, como los pueblos indígenas.

En cambio, los bienes o entornos comunes, tal como se ha visto más arriba con los dos tipos o clases existentes, o bien han sido creados o construidos por y para comunidades específicas o bien están siendo *resignificados* como objetos que deben ser disfrutados universalmente por toda la humanidad. Desde nuestro punto de vista, ambas dimensiones pueden ser articuladas conjuntamente, no siendo incompatibles.

### **3.4. Las dos edades de la herencia común de la humanidad**

Asimismo, desde este doble condicionante del paradigma estatalista y del proceso de privatización-mercantilista de todas las parcelas de la vida, tam-

---

19 Pureza, José Manuel, *op. cit.*

bién resultan curiosas las dos etapas por las que ha pasado en concepto de herencia común de la humanidad. Se habla de dos edades<sup>20</sup>:

- a) La primera establecida a partir de la intuición de Arvid Pardo y que comprende las manifestaciones de positivización del régimen de la humanidad respecto a espacios comunes donde antes no se había hecho sentir, como los espacios oceánicos, marinos y ultraterrestre. Son espacios de pretensiones territoriales de los estados que ahora se contestan desde fuera del espacio de esa misma territorialización.
- b) La segunda edad es la aplicación del régimen anterior a bienes y recursos situados dentro de la jurisdicción territorial de los estados y que afecta a los ámbitos medioambiental y cultural. Ahora se quiere realizar una gestión racional de los bienes pero guiada por la noción de función social planetaria. José Manuel Pureza señala que se pasa de una idea de soberanía-dominio a otra más solidaria de soberanía-servicio.

Entre ambas fases existe una contradicción significativa: mientras que los países partidarios de un sentido del patrimonio o herencia común de la humanidad propio de la primera fase y que era más afín a los intereses de los países del Tercer Mundo por contrarrestar los intereses egoístas y soberanistas de las grandes potencias, se oponen ahora al sentido que se le otorga a la segunda etapa, porque consideran que atenta contra la soberanía nacional de los estados del Sur sobre los recursos naturales, la biodiversidad y los recursos biológicos, en cambio los países del Norte reivindican y apadrinan la consagración de un patrimonio común de la humanidad internacionalizado, pese a haberse negado al sentido universalista de la primera etapa. A estos les resulta mejor enfrentar las pretensiones soberanistas de los países del Sur con esta institución *resignificada*, porque, además de fortalecer sus propios intereses nacionales bajo un barniz universalista, consideran que negarse a un patrimonio común de la humanidad gestionado internacionalmente, va en contra del desarrollo comercial y del libre mercado.

Por ello resulta paradójico que la figura de patrimonio común de la humanidad sea utilizada como estrategia de los países industrializados, al atribuir el estatuto de *res communis* a bienes como el patrimonio genético o la biodiversidad. El propósito no es otro que hacerlos susceptibles de libre acceso y

20 Pureza, José Manuel, *op. cit.*

utilización, para que de esta manera puedan ser libremente apropiados, como *res nullius*, y así obtener el monopolio de su uso<sup>21</sup>. Al respecto, el Foro Internacional sobre Globalización señala: “las corporaciones globales insisten en que las pequeñas comunidades no deben reservarse este valioso material genético, sino que todo el mundo debe tener acceso a él. En efecto, las empresas emplean el lenguaje de los comunes globales hasta el momento en que confirman su patente monopolista sobre el material. En este punto, se abandonan todos los argumentos en defensa de los comunes. En su lugar, las grandes empresas dicen que se les debe permitir reservarse esos materiales genéticos mediante las patentes, con el fin de tener la posibilidad de recuperar la inversión hecha en investigaciones, en beneficio de toda la humanidad”.

En esta misma dinámica mercantilista podemos situar la pretensión de mucha gente para que sean reconocidos como bienes o entornos comunes, el mundo de Internet. Se habla de las “comunidades digitales”, o del “entorno digital común” o “cibespacio común”, por ejemplo, como un espacio de libre flujo y sin barreras. También se reivindica al agua o las mismas bases de la vida con el ADN o patrimonio genético<sup>22</sup>.

#### **IV. Hacia una propuesta emancipadora de recreaciones, cuidados y entornos comunes para la humanidad desde derechos humanos**

¿De qué manera y cómo se puede enfrentar este sentido mercantilista, egoístamente privatizador y depredador de los bienes o recreaciones comunes de la humanidad?

No es igual defender un uso común o global de un bien reduciéndolo a su simple libre acceso, que se hace excluyente cuando se administra y utiliza privativamente, que exigir la regulación de ese uso común del bien en beneficio de todos, con la preocupación de preservarlo también globalmente. Para alejar a estos “comunes” de una dimensión patrimonialista y posesiva, hay

---

21 Vandana, Shiva, *op. cit.*

22 VV.AA., *op. cit.*, p. 112.

que realizar múltiples estrategias. Nosotros vamos a destacar algunas propuestas a partir de tres ejes básicos interrelacionados:

- a) Un principio básico de no comercializar desde la lógica del capital con recreaciones, espacios, entornos y bienes de vital importancia para la vida del planeta.
- b) La delimitación colectiva de la titularidad y la gestión de los bienes comunes a partir de los movimientos sociales.
- c) La vinculación de la herencia y las recreaciones, cuidados y espacios comunes con un concepto socio-histórico de derechos humanos basado en las experiencias y prácticas concretas de los movimientos sociales. Como ejemplo, en el último apartado expondremos el caso específico de los pueblos indígenas.

De todas maneras, todas las propuestas deben partir de una reformulación del principio de libre utilización de bienes o espacios comunes, articulándolos desde la aceptación de usos confluentes y administración compartida, y el rechazo de usos excluyentes y no distributivos de los mismos.

#### 4.1. La no comercialización de los bienes comunes

Conseguir que la humanidad tenga sus condiciones de existencia garantizadas y lograr una sociedad en la que todos quepamos, no pasa por mercantilizarlo todo, ya que provoca situaciones de exclusión y marginación social.

Vivimos tiempos en donde los bienes comunes guardan mucha relación con el medioambiente, los recursos naturales y la biodiversidad del planeta. No es de extrañar que la OMC esté utilizando como punta de lanza los sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual (TRIP o ADPIC), como la mejor manera de apropiarse de nuevos mercados con los que obtener grandes beneficios.

Desde nuestro punto de vista, resulta de vital importancia que todos actuemos para que continúen existiendo *espacios de la vida humana y natural que no sean comerciables bajo la actual lógica del capitalismo neoliberal*. Entre ellos se encuentran muchos bienes, recreaciones y entornos comunes que permiten la producción, la reproducción y el desarrollo de la vida humana, animal y vegetal. Por esta razón, detener el proceso de invasión de la globalización neoliberal, en todos los aspectos de la vida y la naturaleza, implica



defender que muchas dimensiones del mundo social, cultural y económico deben estar fuera del alcance depredador del mercado, sobre todo aquellos aspectos que permiten el mantenimiento y el desarrollo de nuestras condiciones de existencia: el aire, el agua, las variedades de plantas y especies animales, los genes de todas las criaturas, las reservas de conocimiento humano, semillas para el cultivo sostenible y tradicional, etcétera.

Para impedir la capitalización de todas las parcelas humanas, animales, vegetales y terrestres, al menos, proponemos dos principios básicos, que a modo de imperativos categóricos deben ser defendidos a nivel global:

- 1) El primero, más general, expresa que *nada que sea básico para la supervivencia humana puede ser objeto de monopolio, mercantilización y de privatización bajo la lógica del capital.*
- 2) Asimismo, independientemente del grado de intensidad de las diversas actuaciones de lucha y resistencia que puedan desplegarse contra la mercantilización de todas las parcelas de la vida, existe un segundo principio que concretamente tiene como propósito detener y rechazar los actuales sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual, movidos también por una cultura capitalista y privatizadora que niega otras posibles formas de entender el mercado, la cultura, las relaciones humanas y las relaciones con la naturaleza. Este segundo principio y pilar axiológico debe servir de inspiración para poner freno y detener la expansión del capital a través de las patentes, y se expresa con *una prohibición de la patentabilidad de la vida, mucho menos en aquella faceta vinculada con la salud, la alimentación y la biodiversidad.*

Por este motivo, insistimos en que, entre otras cosas, hay que rechazar el actual sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual, con el ADPIC a la cabeza, ya que, entre otras situaciones conflictivas, por ejemplo, con su artículo 27,3b permite expresamente la *patentabilidad* con fines exclusivamente comerciales de determinados organismos y la manipulación genética sobre bienes como el código genético humano, animal y vegetal que deben ser calificados de herencia común para la humanidad.

Como contrapartida, se deben crear otras normas y actuaciones que favorezcan el reconocimiento y la protección de *espacios no susceptibles de ser comercializados* en los términos de la lógica del capitalismo, como por ejemplo, las recreaciones, cuidados, bienes y entornos comunes, entre los

que cabe destacar los derechos de los pueblos (campesinos, comunidades de pescadores e indígenas) en su relación con el hábitat natural, el ADN, conocimientos tradicionales, los recursos naturales, etcétera.

#### 4.2. Titularidad y gestión de la herencia y las recreaciones comunes

Por otro lado, entre las características que se suelen otorgar a la herencia común de la humanidad, están las siguientes: a) su *inapropiabilidad*; b) el manejo por parte de todos los pueblos; c) la participación internacional en los beneficios obtenidos por la explotación de los recursos naturales comunes; d) su uso pacífico; y e) su conservación para las generaciones futuras. Esta última característica le dota a la herencia común de una dimensión trans-temporal ya que se exige una responsabilidad intergeneracional entre la humanidad del presente y la futura<sup>23</sup>.

Asimismo se habla de otra dimensión, la de la trans-espacialidad, ya que se considera que la humanidad no hay que entenderla como una comunidad de propietarios, sino como una comunidad universal de participación. La herencia común tendría un efecto panorámico e iría más allá de la especialidad local, nacional e internacional en su titularidad y en su gestión, en donde todos tienen el compromiso de gestionar el espacio-común y sus recursos. Para ello se debe establecer una yuxtaposición de jurisdicciones tanto de carácter internacional como nacional.

En este sentido, el jurista lusitano Boaventura de Sousa Santos habla incluso de un derecho de la humanidad (*jus humanitatis*) referido a entidades naturales y materiales que pertenecen a toda la humanidad, respecto de los cuales todos los pueblos tienen derecho a opinar y participar en el manejo y la distribución de los recursos. En concreto, expresa la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia de estos para la sostenibilidad y la calidad de vida sobre la tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad como un todo, tanto presente como futura<sup>24</sup>.

---

23 Pureza, José Manuel, *op. cit.*; y Santos de Sousa, Boaventura, *La globalización del derecho, op. cit.*

24 P Santos de Sousa, Boaventura, *La globalización del derecho, op. cit.*

No obstante, pese a que la titularidad de la herencia común de la humanidad es la humanidad como un todo, la administración y gestión suele adjudicarse a un organismo internacional que tenga la capacidad de representar a todos los seres humanos. Junto, a este organismo que se encargaría de supervisar y cuidar para que todos aquellos bienes, espacios y entornos calificados de herencia común de la humanidad, tengan un destino realmente beneficioso para los seres humanos y el planeta, los estados serían las principales instituciones que a nivel nacional también se encargarían de ejecutar los requerimientos propios de los bienes comunes o globales.

Para ello, desde nuestro punto de vista, existen muchos bienes y recreaciones comunes que pueden y deben tener tanto una titularidad como gestión local, sin necesidad de que únicamente sea un organismo internacional y los estados, los responsables, ya que los colectivos y los grupos humanos que recrean, cuidan y utilizan esos bienes, desde tiempo ancestrales lo hacen de tal manera que toda la humanidad sale beneficiada y gana en calidad de vida y en condiciones dignas de existencia. Asumen una responsabilidad de cuidado y recreación de los bienes de la Tierra que sobrepasa la pobre preocupación de los países occidentales por nuestro planeta. Por tanto, no solo se realizará su administración a nivel internacional y/o nacional, sino principalmente a nivel local. En todo caso, resultará crucial saber si la gestión de esos bienes se hace en el marco de la lógica de mercantilizar la totalidad de las parcelas de la vida o fuera de ella.

Aunque referido exclusivamente a la gestión de la biodiversidad, a continuación utilizaremos las cuatro posiciones dinámicas, heterogéneas y cambiantes, sobre la manera de entender la gestión de la biodiversidad y su articulación en red, establecidas por los colombianos Arturo Escobar y Mauricio Pardo. Dado que la biodiversidad es uno de los principales bienes que forman parte de la herencia común de la humanidad, consideramos muy útil esta clasificación para entender diversas formas de entender el ejercicio y la administración de bienes que son vitales para la supervivencia del planeta. Son las siguientes<sup>25</sup>:

---

25 Escobar, Arturo y Pardo, Mauricio, "Movimentos sociais e biodiversidades no Pacífico colombiano", en Santos de Sousa, Boaventura (org.), *op. cit.*, pp. 293 y ss.

- 1) En primer lugar está la visión *globalocéntrica*, posición defendida principalmente por instituciones globales como la OMC, el Banco Mundial, el G8 y ONG como World Life Fund o World Conservation Union. Aunque reacciona frente a lo que entiende son amenazas a la biodiversidad, lo hace dentro de la dinámica del capitalismo. Sobresale un claro predominio del capital, del mercado y de la ciencia en su gestión y administración, siendo la bioprospección la actuación de avanzada para colonizar la biodiversidad<sup>26</sup>.
- 2) En segundo lugar, está la perspectiva *nacional y soberanista*, defendida por gobiernos de países del Tercer Mundo. Apuesta, sin cuestionar el contexto global y *globalocéntrico* del capital, por una gestión nacional de los recursos. Es partidaria de negociar estratégicamente los términos de los tratados sobre biodiversidad, en virtud del interés nacional, pero sin prevenir su mercantilización.
- 3) En tercer lugar, está la posición denominada *biodemocrática*. Defendida por ONG's progresistas del Sur, que reinterpretan las amenazas a la biodiversidad subrayando la destrucción provocada por el capitalismo, sus megaproyectos de desarrollo, la monocultura del saber impuesta y el empuje del capital (ciencia, consumismo...) bajo modelos economicistas. Desde esta perspectiva se considera que la visión *globalocéntrica* equivale a una forma de *bioimperialismo*. Frente a ello apoyan prácticas basadas en la lógica de la pluralidad, la diversidad y la diferencia. También se cuestiona, redefiniéndolos, los conceptos de eficiencia y productividad. Asimismo, se considera prioritario el reconocimiento de lo cultural en el tema de la diversidad biológica, además del control local de los recursos. No se cree que la biotecnología sea un medio que mantenga la diversidad, ni que el ADPIC y el actual sistema de propiedad intelectual sean un instrumento adecuado de garantía.
- 4) Finalmente está la perspectiva de *autonomía cultural* que cuestiona y critica el concepto de biodiversidad porque lo interpreta como una construcción hegemónica de los países del Norte. Suele estar formado por movimientos sociales que construyen estrategias políticas para la defensa

26 Delgado, Gian Carlo, *La amenaza biológica. Mitos y falsas promesas de la biotecnología*, Planeta y Janés, México, 2002.

del territorio, la cultura y la identidad. Asimismo, siempre se vinculan con los lugares y los territorios concretos, además de generar espacios y proyectos de vida que van más allá de la dimensión exclusivamente ecológica. Esta visión se opone con fuerza al etnocentrismo extractivista de la diversidad biológica del *globalocentrismo*.

Desde nuestra posición, de entre estas cuatro formas de gestión, la herencia común de la humanidad deberá tener una titularidad eminentemente local a partir de las perspectivas biodemocrática y de la autonomía cultural que enfrentan directamente al capitalismo. Su marco de socialización e implementación será modulado, es decir, se construirá desde la diversidad de espacios sociales y culturales para su gestión. No obstante, es cierto que habrá momentos en los que la administración de determinados bienes será principalmente local (p. ej., conocimientos tradicionales sobre productos medicinales o alimentarios), y en otros se administrará desde el ámbito nacional o por toda la comunidad internacional, pero como apoyo a las prácticas concretas realizadas por los movimientos sociales, colectivos y comunidades siempre vinculados a territorios y lugares concretos.

En todos los casos, siempre se deberá mantener la intención panorámica y redistributiva en el reparto equitativo de los recursos y los beneficios que se obtengan con esos bienes, recreaciones o cuidados, entendidos los beneficios no solo desde un punto de vista económico, sino cultural, medioambiental, social, etc. Se trata de establecer una especie de régimen de condominio que beneficia a toda la humanidad, pero controlado no sólo por los estados sino, principalmente, *por las propias comunidades locales y los propios movimientos sociales, destacando entre ellos los pueblos indígenas*. Por ejemplo, si existen colectivos que históricamente y por tradición han desarrollado un uso y un conocimiento respetuoso con el medio ambiente, ellos seguirán siendo los titulares y los gestores de los entornos y bienes que han tenido a su cargo y que pueden ser calificados de comunes para toda la humanidad.

#### 4.3. Herencia común y derechos humanos

Por último, la internacionalización de los bienes comunes a partir de las prácticas concretas de los movimientos sociales guarda mucha relación

con el concepto de derechos humanos. Aquí solo vamos a establecer una pequeña aproximación, sin entrar en profundidad en las posibles y ricas conexiones.

Al principio señalamos que el debate actual sobre cuál debe ser la titularidad, cómo debe gestionarse y cómo proteger la herencia común de la humanidad había que situarlo vislumbrando cuáles eran las dinámicas que empujan su defensa, es decir, si las condiciones de existencia del ser humano en su pluralidad y la naturaleza eran el referente principal. Asimismo, comentamos que el concepto de herencia y de bien común o global podía ser significado desde lógicas de emancipación o de dominación. Bueno, pues lo mismo sucede con el concepto de derechos humanos, que pueden ser entendidos y ser practicados tanto en un sentido excluyente y de imperio como en un sentido de liberación. Además, incluso para implementar prácticas de solidaridad y de reconocimientos entre las personas en tanto que sujetos, son los derechos humanos las mediaciones que permiten establecer el reconocimiento de las recreaciones, los cuidados y los bienes comunes para la humanidad, pero hay que entenderlos de una manera concreta y diferente a la concepción oficialmente establecida.

Por tanto, la idea de derechos humanos que debe acompañar a la herencia común de la humanidad, dista mucho de la establecida por la cultura jurídica occidental. Cuando se habla de derechos humanos se suele hacer, errónea y reductivamente, desde marcos categoriales, concepciones y líneas ideológicas que les dotan de un significado supeditado a la lógica del capital y al paradigma estatal (muy propias de las perspectivas *globalocéntricas* y *soberanistas* arriba señaladas). Veamos de qué manera:

- 1) En primer lugar, se suele establecer una perspectiva positivista y estatalista de derechos humanos, con la que se reduce y supedita sus virtualidades únicamente a lo dicho por las normas jurídicas y a lo establecido y acordado por los estados con respecto a sus contenidos y a sus sistemas de garantías. Se tiende a darle un formato que solo se reduce a lo decidido por los gobiernos a través de las normas jurídicas, las resoluciones, los tratados y los convenios internacionales. De esta manera, se delega su proceso de significación y de dotación de sentido a lo que ordenan los poderes estatales (legislativo, ejecutivo y judicial). Asimismo, suele recaer en una única autoridad jurídica la capacidad de dar contenido a los

derechos humanos, quitándoles esa posibilidad a los ciudadanos. Se ignora que son las tramas sociales diarias construidas por las personas las que los construyen o los destruyen permanentemente en todas las esferas sociales<sup>27</sup>.

- 2) Segundo lugar, lo peor de todo es que parece que los derechos solo existen una vez que son violados y pueden ser reclamados judicialmente. Se genera con ello una cultura pos-violatoria de los mismos, sin tenerse en cuenta las prácticas diarias que todas las personas ejercen todos los días en todos los lugares sociales en los que se mueven<sup>28</sup>.
- 3) Asimismo, en tercer lugar, la cultura occidental ha dado mayor importancia a los derechos individuales y a los derechos de propiedad, ignorando muchos derechos colectivos. Incluso, tal como hemos dicho, la soberanía de los estados ha condicionado su reconocimiento universal efectivo. Sólo habla de derechos humanos en el ámbito de lo público, no en el ámbito de lo privado.

Por estas y otras razones, y en lo que respecta a derechos humanos, en el marco de las sociedades capitalistas es válido apuntar que son, preponderantemente, derechos del individuo propietario, del poseedor de riqueza, es decir, de bienes jurídicos que se ubican dentro de un mundo pensado a partir del mercado, siendo la relación mercantil su centro. De ahí que resulte imposible o sumamente difícil reclamar derechos humanos para seres humanos concretos y vivos y a partir de sus acciones, frente a las actuaciones de las instituciones del mercado capitalista y de los estados más poderosos, que lo asumen como mercado total.

Si esto es lo que sucede con derechos humanos, no queda muy lejos de esta manera de entenderlos la figura de herencia común de la humanidad. Parece que los bienes comunes aluden a piezas de museo que hay que admirar pasivamente porque solo son determinadas autoridades (estatales e internacionales) las encargadas de esculpir las y darles forma. Incluso esa delegación provoca una cultura turística de los mismos ya que se conciben como algo ajeno a nuestra actividad diaria, que es la que realmente va haciendo realidad si son bienes que se utilizan y usan para favorecer a toda la humanidad y a

<sup>27</sup> Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos*. De la anestesia a la sinestesia, *op. cit.*

<sup>28</sup> *Ídem*.

las generaciones futuras. El modo como consumimos y producimos los recursos naturales y los bienes que nos ofrece la biodiversidad del planeta dan la justa medida de su mayor o menor dimensión panorámica y trans-espacial.

Como contrapartida, frente a un ordenamiento y una cultura jurídica que *desempodera* a los seres humanos y que se conciben dentro del contexto del mercado y en función del mercado, hay que apostar por la articulación de una concepción compleja, integral y solidaria de los derechos humanos que no sea mercado-céntrica, formal, abstracta e individualista, sino abierta y vinculada con los procesos de lucha (sociales, económicos, culturales, políticos y jurídicos), mediante los cuales los seres humanos y las colectividades reivindican su particular concepción de dignidad<sup>29</sup>. En concreto pueden definirse como el conjunto de tramas y prácticas sociales, culturales, simbólicas e institucionales, tanto jurídicas como no jurídicas que reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder y en todo lugar y momento en donde se les impide a los seres humanos instituirse como sujetos<sup>30</sup>.

De la misma manera, los bienes comunes son recreaciones construidas relacionamente, a través de las prácticas concretas que los seres humanos realizamos con respecto a entornos, espacios y bienes a los que les damos una dimensión solidaria y de disfrute real para todos. Y los movimientos sociales tienen mucho que decir sobre esto en su lucha por la supervivencia y el desarrollo de su humanidad. De ahí, por ejemplo, la importancia que tiene la apertura de espacios de confluencia intercultural a partir de las tramas sociales que los mismos pueblos y los movimientos sociales realizan diariamente en su relación con la naturaleza, el medioambiente y la biodiversidad, para que los derechos colectivos de las comunidades y de los pueblos indígenas (derechos de los pueblos), también sean reconocidos como derechos humanos y como bienes comunes para la humanidad, a partir de sus propios imaginarios y sus propias acciones<sup>31</sup>.

29 Herrera Flores, Joaquín, "Hacia una concepción compleja de los derechos humanos", en Joaquín Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Briuwier, Bilbao, 2000, y en general, los textos contenidos en ese volumen.

30 Sánchez Rubio, David, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de San Luis Potosí, 2007.

31 Balakrishnan, Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.



Incluso en esta línea, sería muy importante reconocer como bienes locales para la humanidad, la existencia de *derechos intelectuales colectivos* que protejan los modos de conocimiento tradicionales que muchas comunidades poseen en relación a la conservación de la biodiversidad y a elementos esenciales para la salud y la supervivencia humana.

## V. Una propuesta específica: herencia, recreaciones y cuidados “locales” de la humanidad a partir de la especificidad indígena y los derechos de los pueblos

Finalmente y para terminar, expondremos un ejemplo de cómo localmente se puede tener la titularidad y la gestión local de bienes globales o recreaciones consideradas comunes para toda la humanidad a partir del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

No es por casualidad que la mayor parte de la biodiversidad y de los bienes, los entornos y los espacios comunes y globales de la Tierra se encuentren en los países del Sur. Tampoco resulta extraño que, además, un alto porcentaje de esa riqueza biológica se sitúe en los territorios indígenas: en concreto, un 70 % de la biodiversidad del mundo<sup>32</sup>.

Históricamente, su importancia estratégica desde el punto de vista económico y político es evidente. Por esta y otras razones, junto a la indignante impunidad de las acciones tanto de las grandes corporaciones como de una gran cantidad de estados contra los pueblos indígenas, hay que destacar los límites del sistema general de protección internacional de los derechos humanos porque, aparte de su debilidad institucional, está concebido por filosofías e imaginarios distintos a los de los pueblos indígenas<sup>33</sup>. Asimismo, visibiliza las deficiencias y las carencias de las mayorías de las constituciones y las legislaciones nacionales

32 Berraondo, Mikel, “El caso Awas Tingni: la esperanza ambiental indígena”, en VV.AA., *El caso Awas Tingni contra Nicaragua*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

33 Convención 168 de la OIT; y los proyectos de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ver Barraondo, Mikel, “Pueblos indígenas no contactados ante los derechos humanos”, en Berraondo, Mikel y Cabodevilla, Miguel Angel (coords.), *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenani*, Ediciones CiCAME-CDES, Quito, 2005.

con respecto a esos pueblos y sus formas de vida ancestrales. Mientras que los derechos indígenas se estructuran sobre la idea de comunidad, los derechos occidentales se asocian más a un individualismo atomístico y fragmentario. Además, los derechos colectivos no suelen ser reconocidos como derechos humanos dentro del prisma occidental<sup>34</sup>.

No obstante, una de las múltiples actuaciones y medidas de carácter paramétrico para enfrentar la lógica del gran capital y su ritmo de socavación de los conjuntos sociales y naturales, pasa por el reconocimiento y la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, ya sea como derechos humanos diferenciados o como derechos colectivos con un equivalente grado de contenido axiológico. Más aún si queremos luchar por un concepto de herencia común de la humanidad que encierre un nuevo patrón de desarrollo y de sociabilidad, incluyendo un nuevo contrato social con la tierra, la naturaleza y las generaciones futuras<sup>35</sup>.

A pesar de que es uno de los grupos humanos que más ha sufrido y continúa sufriendo una vulneración sistemática de sus derechos en forma de genocidio y epistemicidio<sup>36</sup>, a lo largo del tiempo ha demostrado, pese a este drama, una aleccionadora capacidad de supervivencia, en donde el respeto y la conservación de la biodiversidad aparecen como garantía de la sobrevivencia de todo el planeta. Para ellos, la naturaleza nunca ha sido un recurso natural, y siempre han tenido que enfrentar las tentativas de destrucción propias del colonialismo capitalista para preservar su mundo. La naturaleza es indisociable de la sociedad, la tierra es la fuente y la raíz de sus culturas y sus cosmologías generalmente interpretan la realidad a partir de una interrelación de no superioridad del ser humano con la tierra y los seres que la habitan.

No sería descabellado ni tampoco osado defender que sean ellos los titulares y gestores de la biodiversidad y de los bienes comunes que forma parte

34 Berraondo, Mikel, “Nuevos retos para los pueblos indígenas. Propiedad intelectual y corporaciones transnacionales”, en Sánchez Rubio, David *et al.*, *Nuevos colonialismos del capital*, *op. cit.*

35 Santos de Sousa, Boaventura *La globalización del derechos*, *op. cit.*

36 En este sentido, ver Asier Martínez de Bringas, “Pueblos indígenas no-contactados. Una identidad emergente entre la memoria pisoteada y los derechos perdidos”, en Berraondo Mikel y Cabodevilla, Miguel Angel(coords.), *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos*; asimismo, Fernando Dantas de Carvalho, “Los pueblos indígenas brasileños y los derechos de propiedad intelectual”, en David Sánchez Rubio, *et. al.*, *Nuevos colonialismos del capital*, *op. cit.*

de lo que hemos definido como recreaciones, entornos o espacios comunes de la humanidad. Incluso mejor sería hablar de *una herencia local* (de los cuidados, las obras y las recreaciones que los pueblos indígenas desarrollan en sus relaciones con la naturaleza) que nos beneficia a todos (para la totalidad de la humanidad).

Los derechos específicos de los pueblos indígenas y su régimen jurídico especial, giran en torno al eje autodeterminación, territorio y cultura. Junto a ellos, el principio de consentimiento previo, libre e informado obliga a los estados y a otros actores, a contar siempre con el consentimiento de los colectivos indígenas antes de realizar cualquier tipo de acción en sus lugares de vida<sup>37</sup>.

La autodeterminación permite a los pueblos indígenas, mediante sus instituciones, desarrollar autónomamente tanto el control político como la administración de sus territorios y recursos, sin interferencias externas. Implica también el reconocimiento de sus propios sistemas normativos (pluralismo jurídico).

Asimismo, el derecho al territorio y a la tierra, incluidos los recursos naturales, se articula en función del derecho al medio ambiente que es una especie de derecho síntesis y también un derecho-condición o generador del resto, pues establece las condiciones de posibilidad para el ejercicio y disfrute del resto de derechos. Incluso, el derecho al medio ambiente es concebido como el pilar fundamental alrededor del cual gira toda la vida política, social, económica y espiritual y podemos describir como interdependiente, intergeneracional, sostenible y transversal a los diferentes ámbitos de la vida de los pueblos indígenas<sup>38</sup>.

Por medio de estos derechos colectivos, podrán decidir sobre su destino y sobre el destino de los recursos situados en sus territorios, estableciendo ellos mismos los criterios que deben regir en las relaciones económicas en las que son parte, y de esta manera, no dejarlos en manos de los criterios del capital.

Finalmente, los derechos culturales integran todos aquellos derechos que son necesarios para asegurar el mantenimiento de las propias culturas. El co-

---

37 Barraondo, Mikel, "Pueblos indígenas no contactados ante los derechos humanos", en Barraondo, Mikel y Cabodevilla, Miguel Angel (coords.), *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos*, op. cit.

38 *Idem*.

nocimiento indígena sobre la naturaleza forma parte de ellos, independientemente del beneficio medicinal, farmacéutico y/o alimentario que de dicho consentimiento se pueda obtener<sup>39</sup>.

Lo que parece claro es que mediante estos derechos originarios, se posibilita que las culturas indígenas transformen los sistemas de producción y de explotación de los recursos naturales para que sean menos agresivos con el medio ambiente y con resultados beneficiosos y comunes para toda la humanidad. Asimismo funcionan como mecanismo de contención de los efectos perversos y de degradación del capitalismo, permitiendo la conservación y la recuperación de una biodiversidad común, en la que todos participamos, claro está, mientras ésta siga existiendo. La mejor manera de que así sea es permitiendo y poniendo en manos de los pueblos indígenas su gestión y el reconocimiento integral de sus derechos originarios.

Si por un lado, la herencia común de la humanidad expresa la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales y culturales que, por su importancia extrema para nuestra calidad de vida y para la supervivencia de todo el planeta, debe ser considerada de propiedad global y manejada a favor de la humanidad como un todo, por otro lado, nos encontramos con casos en donde tanto la propiedad local como la gestión de los recursos demuestran que en ese nivel hay una notable conservación de la biodiversidad y del medioambiente. Por esta razón, sin dudar lo hay que defender y mantener esa titularidad y esa gestión particular a cargo de estos grupos<sup>40</sup>.

Los pueblos indígenas con sus derechos colectivos son un digno exponente. Protegerlos y permitir que ellos mismos doten de sentido a sus realidades, implica correlativamente nuestra propia protección. De ahí que sea mejor hablar de *recreaciones, espacios, entornos y cuidados locales (desarrollados dinámicamente por ellos mismos en sus relaciones intersubjetivas y con el medio o hábitat natural) para la humanidad*.

No obstante, hay que tener en cuenta que esta demanda y esta reivindicación cultural y diferenciada, es una de las múltiples luchas que hay que

39 Dentro de estos derechos estarían los derechos intelectuales colectivos, que tal como hemos comentado, hacen referencia a aquellos conocimientos tradicionales que guardan relación con propiedades beneficiosas para la salud y las condiciones de existencia humanas y terrestres.

40 Lo mismo sucede con otros colectivos como campesinos, quilombos, comunidades de pescadores, etc., que construyen sus derechos en y desde sus lugares, territorios y localidades.

desplegar contra aquellas acciones humanas que van en contra de nuestras propias condiciones de existencia. Tal como el capitalismo va caminando, lo cierto es que desde él surge una gran cantidad de actuaciones con consecuencias adversas que continuamente hay que enfrentar.

## VI. Bibliografía

- Balakrishnan, Rajagopal, *“El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo”*, ILSA, Bogotá, 2005.
- Delgado, Gian Carlo, *La amenaza biológica. Mitos y falsas promesas de la biotecnología*, Planeta y Janés, México, 2002.
- Gallardo, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Editorial Tierra Nueva, Quito, 2000.
- , *Siglo XXI: militar en la izquierda*, Arlekin, San José, 2005.
- , *Siglo XXI: producir un mundo*, Arlekin, San José, 2006.
- , *Derechos humanos como movimiento social*, Ediciones desde abajo, Bogotá, 2006.
- Herrera Flores, Joaquín (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Briuer, Bilbao, 2000.
- Hinkelammert, Franz J., *El mapa del emperador. Determinismo, caos, sujeto*, DEI, San José, 1996.
- Kneen, Brewster y Grain, “El clamor por bienes y entornos comunes”, en *Revista Biodiversidad, sustento y culturas*, nº 52, Internet, [www.biodiversidadla.org](http://www.biodiversidadla.org), Acceso: 22 mayo 2007.
- Marx, Karl, *El Capital*, Vol. I, FCE, 2ª edición, México, 1959.
- Polanyi, K., *La gran transformación*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1997.
- Pureza, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad*, Trotta, Madrid, 2002.
- Sánchez Rubio, David, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de San Luis Potosí, 2007.
- , David, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, MAD, Sevilla, 2007.
- Sánchez Rubio, David, Solórzano Alfaro, Norman J., Lucena Cid, Isabel,

- Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*, Icaria, Barcelona, 2004.
- Santos de Sousa, Boaventura, *La globalización del derecho*, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- Vandana Shiva, *Biopiratería. El saqueo de la naturaleza y del conocimiento*, Icaria, Barcelona, 2001.
- VV.AA., *Alternativas a la globalización económica*, Foro Internacional sobre Globalización, Gedisa, Barcelona, 2003.

# El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños

Ramiro Ávila Santamaría\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Relativismo cultural a nivel individual. III. Relativismo cultural a nivel estructural. IV. Relativización del relativismo cultural. V. Universalidad del espíritu de la Convención de los Derechos de los niños (CDN). VI. La interpretación como forma de conciliar el relativismo cultural y el universalismo. VII. Retos y conclusiones. VIII. Bibliografía.

---

## I. Introducción

Entre 1979 y 1988, en el grupo de trabajo que discutió el borrador de la Convención de los Derechos de los Niños (en adelante CDN), cuatro fueron los temas que causaron controversia: la definición de niño/a (desde la concepción o desde su nacimiento), la libertad de religión, la adopción y la

---

\* Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE. Máster en Derecho por Columbia University, New York; profesor de Derechos humanos en la PUCE-Q y de Teoría General de los Derechos Humanos en la UASB-Q; subsecretario de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

edad en la que los niños podían participar en conflictos armados<sup>1</sup>. Poco se mencionó sobre la posible tensión entre la Convención y los derechos de la niñez indígena. Se asumió que la institucionalización de los derechos de la niñez y adolescencia a nivel internacional resultaría en la mejora de la calidad de vida de todos los niños y niñas alrededor del mundo, y que las disposiciones de la CDN no eran problemáticas. Sin embargo, desde la perspectiva cultural, la aparentemente simple pregunta sobre “qué es un niño y niña y hasta cuándo”, podría tener diferentes respuestas.

## II. El relativismo cultural a nivel individual

Pocos académicos han examinado críticamente las implicaciones de la CDN en la diversidad cultural. Uno de ellos, desde la perspectiva de la aplicación de la CDN a nivel particular y destacando la diferencia de valores entre lo establecido en la CDN y la diversidad cultural, Wilfredo Ardito<sup>2</sup>, sostiene que la autonomía individual que pregona la CDN es ajena a la concepción no occidental, que está centrada en la comunidad o grupo. La persona es importante en tanto forma parte de un grupo y no por sí misma. El niño/a no es centro sino una parte que no ha alcanzado su cabal funcionalidad. La niñez representa la posibilidad de supervivencia física y cultural del grupo. La niñez es un período anómalo que debe ser reducido tanto como se pueda por el bien del grupo. La mejor manera de proteger a una niña o niño es haciéndole capaz para sobrevivir. Por otro lado, la idea de la protección de la familia tiende a ser basada en el modelo de la familia nuclear (artículos 7, 9 y 18 CDN) y en contextos urbanos. En cuanto a la consideración de edades, Ardito sostiene que son conceptos occidentales y que en otras sociedades el ciclo de la vida se mide por el crecimiento físico y psicológico de la persona, de acuerdo con la realidad y no con criterios abstractos. En relación

1 Cantwell, Nigel, “The origins, development and significance of the United Nations Convention on the rights of the child”, en S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1992, p. 19.

2 Ardito, Wilfredo, *The Convention on the rights of the child: western rights for non-western children?*, University of Essex, 1994.



con la socialización y la educación, las comunidades indígenas suelen adquirir conocimientos adecuados para la vida mediante la repetición de actividades de los adultos en lugar de aprender en la escuela, que se torna en un agente externo y ajeno a su realidad. La escuela en muchos lugares se ha convertido en un espacio de aculturización. Ardito finalmente afirma que la línea entre trabajo infantil y educación ha sido una creación occidental.

Los relativistas sostienen que los instrumentos internacionales de derechos humanos en general, y la CDN en particular, recogen valores occidentales que son considerados universales, que esta perspectiva irrespetaría si es que no destruye la diversidad cultural y que ésta es la actual forma de homogeneizar el mundo moderno<sup>3</sup>.

### III. Relativismo cultural a nivel estructural

Por su lado, Vanessa Pupavac de la Universidad de Nottingham<sup>4</sup>, con una lectura estructural, sostiene que la Convención se basa en políticas sociales de occidente que enfatizan el rol individual en las violaciones a los derechos de la niñez y en la intervención profesional, desenfatiando, a su vez, la influencia de las circunstancias estructurales de carácter social, económico, político y cultural.

El modelo occidental de infancia se basa en la idea de que la niñez debe ser protegida del mundo adulto. En esta lógica, la niñez es un tiempo en el que hay que jugar y prepararse, por medio de la educación, para la vida de adulto a la edad de dieciocho años. Esta visión responde a países que están atravesando un avanzado proceso de industrialización y tecnificación, que les lleva a sacar a la niñez del mercado de trabajo para educarles. Al respecto —sostiene Pupavac— la industrialización y el desarrollo económico, prerrequisitos para la aplicabilidad de la CDN, no es parte de la experiencia de la

---

3 Steiner, Henry y Alston Philip, "International Human Rights in context", Oxford University Press, 2000, p. 367.

4 Pupavac, Vanessa, "The infantilization of the south and the UN Convention on the rights of the child", University of Nottingham Centre for Human Rights Law, Human Rights Law Review, 1998, p. 3.

mayoría de países del sur. La infancia, de acuerdo con el espíritu de la CDN, es un lujo irrealizable para la mayoría de la población de los países en desarrollo. Los niños y niñas usualmente tienen que asumir roles de adultos a una edad más temprana que en los países desarrollados.

Al asumir un modelo ideal plasmado en la CDN y al existir una realidad diametralmente distinta, gran parte de la población se encuentra en una situación de ilegalidad. Recordemos el ya clásico debate sobre el trabajo infantil entre Cussiánovich y García Méndez<sup>5</sup>. El primero, caracterizado como protector del trabajo infantil, sostiene que al prohibir el trabajo infantil, desconociendo profundas raíces culturales, lo que se está haciendo es patologizando a un grupo social; o, en otras palabras, creando una categoría nueva de situación irregular. La ideología occidental de la infancia como un período de felicidad e inocencia promueve la exclusión de quienes no lo son. Es decir, con la ratificación de la CDN, las sociedades de países en vías de desarrollo son juzgadas como violadoras de los derechos de la niñez por el hecho de no adaptarse a la imagen de infancia tomada por occidente. Luego, a agencias externas se les da la legitimidad y los poderes para intervenir. Al estar en un “estado de necesidad” los países del sur, por no cumplir con los estándares establecidos en la CDN, se convierten en permanentes objetos de intervención externa. Dicho de otro modo, el discurso de los derechos de los niños “infantiliza” a los países del sur: o sea, los países del sur al igual que los niños/as están en un estado de protección y dependencia.

#### IV. Relativización del relativismo cultural

A pesar de todas las críticas, y quizá por tanta crítica, los relativistas también han sido duramente atacados<sup>6</sup>. Se ha dicho que están comprometidos con el *statu quo*, que son conservadores en su actitud frente al cambio y, por ende, que han promovido la permanencia de pueblos subdesarrollados. Más aún, se alerta que la pureza cultural es más un mito que una realidad, dada la influencia de los medios de comunicación, el turismo, la economía de

5 Ver Radda Barnen, “Trabajo Infantil, ¿Ser o no ser?”, Perú, 1995.

6 Hatch, Elvin, “Culture and morality: the relativity of values in Anthropology”, 1983, p. 8.

mercado, la inversión extranjera, la difusión de prácticas y valores culturales. Además, quienes han defendido políticamente el relativismo cultural, han sido regímenes que ejercían arbitrariamente el poder y que ahora son acusados de violaciones a los derechos humanos<sup>7</sup>. Por su lado, las feministas han sido quienes han tomado la bandera en contra del relativismo cultural. Se afirma que los argumentos del relativismo cultural ocultan relaciones de poder dentro de una cultura que impiden la posibilidad de negociar normas opresivas. Además, sostienen, el relativismo cultural simplifica la complejidad y fluidez de una cultura, la multiplicidad de creencias y formas de vida se produce tanto en las comunidades no-occidentales como en las occidentales. La cultura ha sido selectiva y hasta cínicamente invocada para justificar prácticas opresivas, como por ejemplo la mutilación genital de niñas en algunos países de África y Asia<sup>8</sup>. Es más, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, demanda de los Estados tomar todas las medidas para modificar o abolir costumbres, prácticas y patrones culturales que constituyan discriminación (Art. 2. f. y Art. 5. a.). Lo cierto es que el mundo moderno, globalizado, esta gran mega máquina en la que vivimos, sin derechos humanos se convertiría en la más inhumana situación imaginable<sup>9</sup>.

Para completar el panorama, objetivamente se han detectado formas de irrespeto a la dignidad humana en comunidades indígenas a las que no se puede ser indiferente y que el respeto cultural no es suficiente excusa. Por ejemplo, entre los indígenas del grupo Ashaninka cualquier muerte, objetivamente causada por un accidente o enfermedad, es atribuida a poderes sobrenaturales de un brujo, que tiene que ser encontrado y asesinado. Este brujo normalmente es un niño. Cuando una muerte así sucede, un niño es asesinado. Conocedores de que por hechos así, de acuerdo con la ley pe-

7 Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*, 1989.

8 Higgins, Tracy, "Anti-essentialism, relativism, and Human Rights", 19 *Harvard Women's Law Journal* 89, 1996.

9 Pannikar, "Is the notion of Human Rights a western concept?", 120 *Diogenes* 75, 1982. Pannkar, después de hacer una profunda reflexión sobre el contexto social e histórico en el que se producen los instrumentos internacionales, se pregunta: ¿son los derechos humanos un concepto occidental?, y se responde categóricamente que sí. Sin embargo, también se pregunta si es que se debe renunciar a declararlos y exigirlos, y la respuesta, igual de categórica, es que no.

ruana, podrían ser encarcelados, lo que hacen es dejar de cuidar y alimentar al niño considerado brujo hasta que muera<sup>10</sup>.

Sin ir tan lejos ni ser tan obvios, en una comunidad indígena del Cañar, de acuerdo con una investigación del DYA<sup>11</sup>, el interés es que los niños y las niñas se hagan adultos, crezcan y se eduquen para ayudar a sus padres, trabajen a temprana edad y aporten económicamente en la casa; los niños y niñas no nacen con derechos sino que se los ganan, los niños y las niñas son invisibles en espacios públicos, el maltrato es tolerado y siempre se lo justifica; la principal virtud es que el niño y la niña sean obedientes, los padres son el centro de la preocupación, privilegian a los varones, no hay participación infantil y se impone las decisiones y la disciplina paternal por medio del castigo, la relación adulto-niño/a está en función de las actividades y obligaciones de la casa y de la escuela. En suma, patrones de crianza tradicionales, maltratantes, excluyentes e invisibilizantes de la niñez y adolescencia.

¿Por qué cambiar estos patrones y estos valores o, dicho de otro modo, por qué dejarse influenciar por los principios de los derechos humanos de la niñez y adolescencia?

## V. Universalidad del espíritu de los derechos humanos y de la CDN

La cultura no es estática. Pueblos no occidentales quieren cambiar, al menos hasta cierto punto; es obvio que si no existen cambios, existe una relación de desventaja en el intercambio comercial y cultural; todo grupo humano está expuesto a mejorar. Hay que reconocer que los pueblos indígenas están sumidos en la pobreza, en la exclusión y en la opresión. Preservar muchos de los valores que los relativistas pregonan, implica conservar las costumbres que han contribuido a la explotación. En lugar de dejar a los pueblos indígenas que permanezcan donde están, debemos ayudar para que los oprimidos dejen serlo.

---

10 Artdito, Wilfredo, *op. cit.*, p. 1.

11 DYA, "Estrategia de comunicación para el programa de Derechos de Plan Internacional", 2001.

La propuesta de la CDN es aparentemente simple: reconocer el valor intrínseco como personas a los niños, niñas y adolescentes, como seres en desarrollo que requieren atención prioritaria y cuidado para el ejercicio y goce de sus derechos. Se apuesta a que poniendo en el centro a la niñez y adolescencia se va a cambiar este mundo que está harto desequilibrado.

La ratificación de la CDN por parte de la totalidad de países del mundo, con excepción de Estados Unidos y Etiopía, constituye un hecho sin precedentes en la historia de los instrumentos internacionales de derechos humanos: es la demostración de la aceptación de principios universales. La Convención de Viena de 1993, con el consenso de los países asiáticos, determinó que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes e interrelacionados. Los países asiáticos, que tradicionalmente han sostenido la idea de los derechos humanos como la realización de valores occidentales, tienden a interpretar el contenido de los derechos en lugar de rechazarlos.

## **VI. La interpretación como forma de conciliar el relativismo cultural y el universalismo**

La clave está, pues, en la interpretación. Más de 52 años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, muchos de sus artículos continúan siendo objeto de debate sobre su interpretación y alcance. No se diga sobre la CDN que apenas tiene doce años. El debate está abierto y en derechos humanos jamás se cierra, siempre es posible reconocer una mejor interpretación con relación a la dignidad de los seres humanos niños y niñas. La historia del derecho ha demostrado que no existen principios inmutables y eternos. La CDN fue redactada por seres humanos y el alcance de sus principios pueden evolucionar.

La CDN ofrece campo propicio para la interpretación de su alcance y aplicación. La CDN establece principios que tienen alcance universal y que se adaptan a las situaciones concretas de diversidad cultural. Podemos distinguir dos tipos de normas que pueden tener influencia cultural: unas expresas y otras ambiguas. En cuanto al primer grupo, la CDN hace referencia expresa a la palabra cultura en cuatro momentos: en el preámbulo, que hace un llamado a tener en cuenta la importancia de las tradiciones y valores cul-

turales de cada pueblo; en el Art. 20, que se refiere a los niños/as privadas de su medio familiar, y que exige que se preste atención a su origen étnico, cultural y lingüístico; en el Art. 29, numeral 1, literal c, que impone a los Estados Parte la obligación de inculcar en la educación “el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma”; y en el Art. 30 que obliga al Estado a no negar el derecho de los indígenas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Entre las normas ambiguas, propias de un documento que pretende ser universal y tener la mayor cantidad de ratificaciones, se encuentran el interés superior del niño (Art. 3), el respeto a los deberes y derechos de la familia ampliada o comunidad (Art. 5), el derecho a preservar su identidad (Art. 8); la abolición de prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños (Art. 24); el nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (Art. 27), entre otras<sup>12</sup>. Finalmente, y como principio fundamental, un artículo íntimamente vinculado, el Art. 2, que prohíbe la discriminación por razones étnicas.

Estas normas, apenas enunciadas, pueden servir de base para visibilizar a la niñez indígena y su problemática, para evitar el maltrato y otras prácticas culturales que no son vistas como una violación a los derechos, para promover un intercambio de saberes con el objetivo de contar con sociedades menos excluyentes y más participativas.

Tratando de extraer lo positivo de las críticas a la CDN, dos son los aportes del relativismo cultural enfocado en los niños, niñas y adolescentes. Por un lado, la aproximación cultural da alcance y contenido a los principios de la CDN. Por otro, los problemas de la niñez no pueden ser considerados como la simple falta de cuidado de sus responsables sin considerar el amplio espectro político y económico en un contexto global. La realidad habla de que muchos adultos responsables del cuidado de los niños/as y sus socieda-

12 Tienen íntima relación con estas disposiciones, el Art. 16 que protege a la familia de arbitrarias interferencias a la familia; el Art. 21 que considera la posibilidad de la adopción internacional sólo cuando el niño/a no puede ser cuidado en su propio país; el Art. 22 que establece la protección especial para niños/as refugiados; el Art. 28 que establece que la educación debe ser administrada en igualdad de condiciones; y el Art. 40 sobre el derecho a contar con un intérprete en el sistema de justicia juvenil.

des son incapaces de asegurar la alimentación y el vestido, la educación y el no trabajo infantil. Mientras no exista un mejoramiento general en las condiciones socioeconómicas, la demanda de la niñez del tercer mundo además es debida a las fallas estructurales de sus sociedades.

## VII. Retos y conclusiones

Estamos en una época en la que se hace imprescindible un genuino y fructífero diálogo entre culturas para expandir y profundizar los consensos. Ni el universalismo debe enmascarar la brecha que existe entre diferentes percepciones sobre los derechos humanos, ni el relativismo puede enmascarar violaciones a los derechos de la niñez y adolescencia. La brecha no será acortada si la diferenciación cultural y la visibilidad de la niñez y adolescencia son negadas<sup>13</sup>.

Con lo dicho, sostengo que la CDN provee de un útil, y suficientemente ambiguo, marco común para el diálogo de culturas. El problema de la aplicación de la CDN radica en su interpretación y no en sus principios *per se*, que merecen ser discutidos, consensuados y aplicados. La CDN ha demostrado ser una herramienta movilizadora para cambios profundos en la forma de ver a la niñez y por ende en el mundo, y ha servido como referencia para reformas normativas y para medir la política gubernamental dirigida a un grupo humano tradicionalmente excluido.

El diálogo de culturas —esto es el enriquecimiento del contenido de los principios desde la perspectiva indígena y el mejoramiento de la calidad de vida de los niños y niñas indígenas— implica crear los espacios para que esto suceda y fomentar la investigación. Aplicando el principio de no discriminación, las políticas públicas deberían tender a garantizar el goce, ejercicio y exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas, si es necesario por medio de acciones afirmativas para compensar la exclusión histórica de los pueblos indígenas en general, y de la niñez indígena en par-

---

13 Kausikan, Bilhari, "Asia's different standard", 92 Foreign Policy 24, 1993.

ricular. Por ejemplo, privilegiando la inversión social y el acceso preferente a servicios y cargos públicos.

Quisiera terminar parafraseando a un indígena norteamericano —dándole el sentido de que tenemos la obligación de recoger la voz y los valores indígenas en la aplicación de la CDN—, que afirmaba:

El grito de los indígenas no es siempre justo, pero si no se lo escucha, nunca se sabrá lo que es la justicia”<sup>14</sup>.

## VIII. Bibliografía

- Ardito, Wilfredo, *The Convention on the rights of the child: western rights for non-western children?*, University of Essex, 1994.
- Cantwell, Nigel, “The origins, development and significance of the United Nations Convention on the rights of the child”, en S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1992.
- Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*, 1989.
- Hatch, Elvin, “Culture and morality: the relativity of values in Anthropology”, 1983.
- Higgins, Tracy, “Anti-essentialism, relativism, and Human Rights”, 19 Harvard Women’s Law Journal 89, 1996.
- Howard Zinn, *People History of United States*, 1998.
- Kausikan, Bilhari, “Asia’s different standard”, 92 Foreign Policy 24, 1993.
- Pupavac, Vanessa, “The infantilization of the south and the UN Convention on the rights of the child”, University of Nottingham Centre for Human Rights Law, Human Rights Law Review, 1998.
- Radda, Barnen, “Trabajo Infantil, ¿Ser o no ser?”, Perú, 1995.
- Steiner, Henry y Alston, Philip, “International Human Rights in context”, Oxford University Press, 2000.

<sup>14</sup> Citado por Howard Zinn, *People History of United States*, 1998.



# Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad

Judith Salgado Álvarez\*

---

## Sumario

I. Justicia Indígena en la normativa constitucional internacional II. Presupuestos básicos para construir relaciones interculturales III. Las “justicias” frente a la violencia y discriminación contra las mujeres. IV. Bibliografía.

---

### I. Justicia indígena en la normativa constitucional e internacional

La Constitución Política del Ecuador de 1998 reconoció por primera vez la justicia indígena<sup>1</sup>.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre

---

\* Coordinadora y docente del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar.

1 Art. 191 inciso 4, Constitución Política del Ecuador, 1998.

que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

En el mismo año el Ecuador ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes que incluye el reconocimiento del derecho consuetudinario y los procedimientos para solucionar conflictos siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales definidos en la normativa nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>2</sup>.

Es importante resaltarlo como el reconocimiento positivo de una práctica jurídica que se traduce según Tibán e Ilaquiche en los siguientes términos:

los pueblos indígenas cuando administran justicia, no lo hacen porque la justicia ordinaria no funciona, o porque es corrupta, lenta, engorrosa o costosa; tampoco lo hacen porque la Constitución Política y las normas internacionales así lo reconocen desde 1998, sino porque desde sus orígenes hasta la actualidad, constituyen normas o sistemas jurídicos que han permitido armonizar sus relaciones sociales y sus más diversos aspectos del convivir como colectividades o pueblos indígenas<sup>3</sup>.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>4</sup> establece en su Art. 34 que:

[L]os pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Adicionalmente en su Art. 22 numeral 2 plantea que “[L]os Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las muje-

---

2 Art. 8 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes.

3 Tibán, Lourdes y Ilaquiche, Raúl, *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Fundación Hanns Seidel, Quito, 2008, p. 30.

4 Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 7 de septiembre de 2007.

res y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008<sup>5</sup> también reconoce la justicia indígena en los siguientes términos:

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.

Si comparamos el tratamiento de la justicia indígena en la normativa constitucional de 1998 y la de 2008<sup>6</sup>, podemos identificar que los cambios más importantes tienen que ver con la inclusión de la participación de las mujeres en las funciones jurisdiccionales, la vinculación de la jurisdicción al territorio, los límites acotados a la Constitución y los derechos humanos particularmente de mujeres, niños, niñas y adolescentes (la Constitución de 1998 añadía a las leyes), la obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena por parte de autoridades estatales y el control de constitucionalidad de tales decisiones<sup>7</sup>.

No es para nada casual que en los dos artículos que hacen referencia a la justicia indígena y el derecho colectivo a desarrollar su derecho propio exista

5 Constitución de la República del Ecuador, Art. 171, 2008.

6 Además del Art. 171 encontramos que en el Art. 57 numeral 10 de la Constitución de 2008 se reconoce el derecho colectivo de “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

7 Grijalva, Agustín, “El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, revista Ecuador Debate No. 75, Centro Andino de Acción Popular, Quito, 2008, pp. 60-61.

una mención expresa a la participación de las mujeres como autoridades ya que tal derecho no podrá vulnerar derechos humanos de mujeres, niños, niñas y adolescentes particularmente.

Han sido varias organizaciones de mujeres indígenas las que han propiciado un debate en sus comunidades y organizaciones sobre la violencia y discriminación de género al interior del mundo indígena<sup>8</sup>. Su lucha ha ido, tal como en otros países, en dos sentidos, por un lado el reconocimiento de los derechos como pueblos indígenas frente a una sociedad mestiza dominante atravesada por lógicas coloniales y racistas, así como el replanteamiento crítico de sus sistemas normativos propios atravesados por lógicas de subordinación a las mujeres.

Sostengo que tales propuestas han roto una dicotomía muy marcada en los debates sobre género y diversidad cultural. De una parte aquellas posturas que consideran a la diversidad cultural como una amenaza constante al reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres, y aquellas que desde la defensa de los derechos culturales de pueblos, nacionalidades y grupos étnicos se niegan a aceptar cualquier crítica respecto de las formas de subordinación, discriminación y exclusión al interior de sus culturas como si eso significara negar sus derechos culturales o colectivos.

Moller Okin<sup>9</sup> ha sido una de las feministas liberales que más ha defendido la primera postura asegurando que tras la defensa de derechos de grupos se esconde una aquiescencia y complicidad con situaciones de violación de los derechos humanos de mujeres, niñas y niños que no son tratados como iguales dentro de sus culturas. Para fortalecer su argumento retoma prácticas tradicionales como la mutilación genital, los matrimonios forzados, la poligamia, la exoneración de responsabilidad al violador que ofrece casarse con la víctima, que indudablemente afectan gravemente a las mujeres. Para esta autora más que una relación de complementariedad entre el multiculturalismo y el feminismo

8 En varios de los talleres del proyecto “Diálogo de saberes sobre los mecanismos y formas de resolución de la violencia contra las mujeres indígenas: los casos de las provincias de Imbabura, Chimborazo y Sucumbíos”, ejecutado por la Universidad Andina Simón Bolívar, se compartieron experiencias de este tipo. Véase además *Agenda de equidad de género de las mujeres kichwas de Chimborazo*, Centro de Desarrollo, Difusión e Investigación Social, CEDIS, Editorial Pedagógica Freire, Riobamba, 2007.

9 Moller Okin, Susan, *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University, Nueva Jersey, 1999, pp. 7-20.

existe una tensión considerable; ella plantea una gran interrogante respecto a si, desde el punto de vista feminista, los derechos de grupo son “parte de la solución” o si agudizan el problema. Llega incluso a afirmar que:

En el caso de una cultura minoritaria fuertemente patriarcal, que existe en medio de una cultura mayoritaria menos patriarcal, no se puede argumentar que para el auto-respeto y la auto-estima de los miembros femeninos sea importante la preservación de esa cultura. De hecho, ellas estarán mucho mejor si la cultura en la cual nacieron llegara a extinguirse (para que ellas queden integradas en la cultura circundante menos sexista), o preferiblemente, que se aliente a la cultura a que cambie para reforzar la igualdad de las mujeres –al menos en el mismo grado en que la mayoría cultural apoya ese valor<sup>10</sup>.

Llama la atención en el caso de esta autora la idealización de las sociedades liberales, pues si bien reconoce que en las mismas también se presentan formas de discriminación sexual resalta el valor de que exista igual protección ante la ley de hombres y mujeres aunque dicha igualdad sea violada en la práctica, pero en ningún momento se plantea como alternativa la extinción de las culturas occidentales de corte liberal, tal como si lo hace en el caso de las demás culturas lo cual deja ver un fuerte sesgo colonial y racista.

Hernández<sup>11</sup> critica a Moller el hecho de que no se cuestione la relación entre liberalismo y feminismo y de manera más particular el racismo que subyace al feminismo liberal universalizante que plantea la opresión común de las mujeres. Retomando a Chandra Mohanty enfatiza en el colonialismo feminista que mira a las mujeres del tercer mundo como víctimas permanentes sin capacidad de agencia y necesitadas de liberación por parte de sus “hermanas”. Hernández critica esta postura como también aquellas visiones esencialistas y ahistóricas de la cultura que sin mirar las relaciones de poder imperantes ven cualquier intento de las mujeres de transformar prácticas como una amenaza a la identidad colectiva del grupo.

10 *Ibidem*, p.17.

11 Hernández, Aída, “Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad”, revista La Ventana No. 18, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2003.

A propósito de posturas como la de Moller, que sin bien tienen el mérito de señalar situaciones reales de violencia y discriminación de mujeres en diversas culturas, evidencian un fuerte eurocentrismo, racismo e imperia- lismo, cabe destacar que varias autoras han analizado las tensiones al interior de los movimientos de mujeres y feministas marcadas precisamente por la etnia/raza, color, orientación sexual y clase social. En el caso de Ecuador algunos estudios desarrollados muestran el desencuentro entre los movi- mientos de mujeres y los movimientos indígenas<sup>12</sup>. Las mujeres indígenas cuestionan el racismo y clasismo que viene de la sociedad mestiza incluidas las líderes del movimiento de mujeres (blanco-mestizas, urbanas, de clase media, profesionales) pero empiezan también en un segundo momento a cues- tionar la violencia y discriminación en la sociedad indígena. “Mientras se busca el respeto como pueblo culturalmente diverso, se labra el respeto de las mujeres en el marco de sus relaciones con los miembros de las socieda- des indígenas y mestizas”<sup>13</sup>.

Cumes<sup>14</sup> a partir del análisis del caso de Guatemala se interroga sobre la manera en que son tratadas las mujeres indígenas en los sistemas de justicia estatal e indígenas. Llega a la conclusión que en ambos sistemas reciben un trato desigual (discriminatorio) que sin embargo cobra matices específicos. Así en la justicia estatal enfrentan un sistema racista, etnocéntrico y patriar- cal mientras que en la justicia indígena (maya) mantienen una posición de subalternidad por ser mujeres. Esta autora da cuenta de cómo la construcción del estado-nación partió del desconocimiento de los indígenas, reconociendo como único derecho el estatal y la visión de los grupos dominantes sobre la inferioridad de los indígenas, lo que trajo aparejado la calificación del dere- cho indígena como primitivo, ilegal y premoderno. Ciertamente este mismo tratamiento se ha dado en otros países de América Latina. En respuesta a

12 Prieto, Mercedes et al., “Respeto, discriminación y violencia: Mujeres indígenas en Ecuador 1990-2004”, en Lebon, Natalie y Maier, Elizabeth (coord.), *De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina*, Latin American Studies Asociation, UNIFEM, Siglo Veintiuno Editores, México, 2006, pp. 158-180.

13 *Ibidem*, p. 176.

14 Cumes, Aura Estela, “Mujeres indígenas, poder y justicia: de guardianas a autoridades en la construcción de culturas y cosmovisiones”, en Lang, Miriam y Kucia, Anna (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 33-47

esta discriminación histórica se explicaría la reacción de “idealización del derecho maya” presentado como conciliador, pacífico, preventivo, flexible, reparador en contraste con el derecho estatal calificado como represivo, punitivo, vengativo y burocrático. La autora critica la falta de problematización del derecho maya desde lo que ella denomina “ceguera de género” (que se expresa por ejemplo en la falta de participación de las mujeres en la justicia indígena, las formas conciliatorias que refuerzan formas de subordinación de las mujeres y reafirman su desprotección, las sanciones más severas impuestas a las mujeres frente a un mismo hecho, etc.) y una visión estática de la cultura. En esa línea de análisis afirma:

La reivindicación del derecho indígena, forma parte de los derechos de los pueblos indígenas. Pero es importante no negar su construcción histórica, y cómo se ha construido en relación a los poderes coloniales y en negociación con el Estado y el capitalismo. En este sentido el derecho indígena, no puede entenderse solamente desde un marco jurídico y mucho menos, exclusivamente cultural, sino es necesario un enfoque que tome en cuenta el contexto económico, social y político en que se ha construido. La idealización de las culturas indígenas tiene grandes costos para las mujeres. Esto puede ocultar las mismas prácticas coloniales, violentas, conservadoras y moralistas que se han quedado a vivir con nosotras y que subordinan y atentan contra la vida de las mujeres. Las mujeres cuando cuestionamos el derecho indígena, no solo cuestionamos la creación de los mismos indígenas, sino la influencia del mismo estado. Las mujeres han señalado que reivindicar el derecho indígena significa también revisar su contenido<sup>15</sup>.

## II. Presupuestos básicos para construir relaciones interculturales

No se puede siquiera plantear la posibilidad de una relación intercultural entre la justicia ordinaria y la justicia indígena si antes no partimos de re-

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 45.

conocer lo que Quijano denomina la *colonialidad del poder*<sup>16</sup>. Esta categoría comprende un patrón de poder colonial que permanece a pesar de los procesos de independencia política de nuestros países y que se expresa en sociedades marcadas por la dominación y jerarquización racial, en la que los blanco-mestizos se asumen superiores a los pueblos indígenas y negros. Esta colonialidad del poder se encuentra entrelazada con el capitalismo y el eurocentrismo. Dentro de esta lógica el conocimiento producido en Europa es considerado sinónimo de civilización, progreso, modernidad, racionalidad mientras que a la par otros conocimientos, por ejemplo los de los pueblos indígenas, son inferiorizados, desvalorizados, despojados de cualquier reconocimiento y calificados como primitivos, infradesarrollados e irracionales.

Dentro de esta matriz la justicia indígena es considerada una práctica salvaje, pre-moderna, atrasada que debe ser superada. En estas condiciones es obvio que cualquier diálogo intercultural resulta negado de entrada, pues éste requiere como primer paso un reconocimiento del “otro/a” como diferente pero igualmente valioso. Si la relación que se plantea es la de superior/inferior simplemente no hay nada que dialogar pues en el mejor de los casos lo que se buscará es que quien es considerado inferior “evolucione” hasta alcanzar el modelo considerado superior por medio de su asimilación/integración o en el peor de los casos se promoverá su extinción/exterminio.

De otra parte, Boaventura de Sousa Santos sostiene que el reconocimiento de las debilidades e incompletudes recíprocas de cada cultura es una condición *sine qua non* de un diálogo transcultural<sup>17</sup>. Para la discusión que estamos realizando me parece clave partir de este entendido. Ahora bien, este planteamiento no debe hacernos perder de vista la *colonialidad del poder* y que históricamente las relaciones, por ejemplo entre los pueblos indígenas y la sociedad blanco-mestiza, han sido asimétricas, por lo mismo habría que poner especial atención a no caer de manera ingenua en el denominado pluralismo

16 Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Pajuelo, Ramón y Sandoval, Pablo (comp.), *Globalización y diversidad cultural*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004, pp. 228-248.

17 Santos de Sousa, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Universidad de Los Andes/Siglo de Hombre Editores, Bogotá, 1998, p. 360.



jurídico subordinado, que parte del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de los distintos sistemas de justicia (en una aplicación de la pluriculturalidad oficial) cuyo propósito es dar cabida a la particularidad étnica pero no repensar la totalidad<sup>18</sup>.

De otra parte, vale la pena tomar en cuenta además lo que Boaventura de Sousa Santos denomina los dos imperativos transculturales de la hermenéutica diatópica: 1) De las diferentes versiones de una cultura dada se debe escoger la que representa el más amplio círculo de reciprocidad, la que va más allá en el reconocimiento del otro; 2) Los pueblos tienen el derecho a ser iguales siempre que la diferencia los haga inferiores, pero tienen derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza<sup>19</sup>.

El primer imperativo aporta para entender que no hay culturas monolíticas, estáticas, congeladas en el tiempo y el espacio sino que en su interior hay un movimiento dialéctico en el que se aprecian continuidades, rupturas, tensiones, conflictos, etc. Por lo mismo en medio de esa disputa interna es fundamental fortalecer aquellas propuestas que amplían el círculo de reconocimiento del otro/a.

El segundo imperativo a mi modo de ver, intenta una respuesta a la tensión constante entre igualdad y diferencia, en este caso entre pueblos/culturas/nacionalidades, sin embargo me parece que resulta menos esclarecedor cuando esa tensión entre igualdad y diferencia se manifiesta al interior de una misma cultura y cuando se entremezclan el carácter individual y colectivo del ejercicio de derechos. Retomaré este punto cuando desarrolle la situación de las mujeres indígenas víctimas de violencia y la respuesta de la justicia indígena.

Me parece que Guerrero también nos da pautas para apuntalar relaciones interculturales al llamar nuestra atención sobre lo que denomina como la *colonialidad de la alteridad* por la cual, desde la matriz colonial de poder basada en el racismo, el otro no solo que no es visibilizado, no existe, sino que inclusive es despojado de humanidad y dignidad. Sostiene que una de las consecuencias de la *colonialidad de la alteridad* ha sido la preeminencia de la

18 Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado y Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya Yala, Quito, 2009, p. 175.

19 Santos de Sousa, Boaventura, *op. cit.*, pp. 364-365.

visión esencialista de la identidad, que no ve que ésta es una construcción social e históricamente situada y que solo puede darse en la relación no solo con nosotros mismos, sino en el encuentro dialogal con los otros, con la diferencia, pues no es posible la identidad sin la alteridad.

[E]l discurso del poder plantea que uno de los más graves problemas actuales de la sociedad moderna, es la cuestión de la identidad, cuando en realidad, el problema más grave que afecta la sociedad es de alteridad, nuestra incapacidad de encontrarnos y dialogar con amor y respeto con la diferencia, como consecuencia de la implementación de una matriz colonial-imperial de poder, que ha fracturado la posibilidad del encuentro con los otros (...)<sup>20</sup>.

Una líder indígena da cuenta de las implicaciones de un diálogo intercultural en los siguientes términos:

Como culturas debemos ser valoradas (...) las culturas tienen sus propios valores y tenemos que valorar y compartir, porque como seres humanos nadie es un mundo aparte, todos llevamos o tenemos que llevar también a las acciones con experiencias y compartiendo conocimientos de lo que nos sirve, claro. De hecho, no podemos decir todo es excelente ni tampoco todo es malo, debemos ir aprendiendo lo que es beneficioso para las generaciones<sup>21</sup>.

Ahora bien, así como afirmo que la construcción de relaciones interculturales entre la justicia indígena y la justicia ordinaria no es posible sino partimos del reconocimiento previo de la colonialidad del poder, de la colonialidad de la alteridad, de la necesidad de superar visiones esencialistas de la identidad, de ir más allá de un pluralismo subordinado, creo que es clave reconocer además el carácter patriarcal de la mayor parte de culturas y

---

20 Guerrero, Patricio, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida. "Nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser"*, Asunción, FONDEC, 2007, pp. 54-56.

21 Participante lideresa indígena, en Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, *Información sistematizada de los diálogos*, Proyecto Diálogo de saberes sobre los mecanismos y formas de resolución de la violencia contra las mujeres indígenas: Los casos de las provincias de Imbabura, Chimborazo y Sucumbios, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p. 93.

sociedades, en este caso tanto la indígena como la blanco-mestiza. Y cuando digo patriarcal me refiero a aquella concepción que se sustenta en la superioridad de los varones y lo masculino y la inferioridad de las mujeres y lo femenino y que se expresa en relaciones de poder asimétricas que atraviesan lo político, económico, social y cultural. En este sentido creo que dentro de las implicaciones de reconocer las debilidades e incompletudes recíprocas de la justicia indígena y la justicia ordinaria está precisamente el reconocimiento de su carácter patriarcal que se traduce en diversas formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

### III. Las “justicias” frente a la violencia y discriminación contra las mujeres

Ciertamente uno de los avances más importantes en materia de derechos humanos de las mujeres en las últimas décadas ha sido su amplio reconocimiento en la normativa internacional y nacional y la generalizada atención y censura que la violencia y discriminación contra las mujeres ha suscitado en las agendas públicas internacionales y nacionales.

En efecto, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará)<sup>22</sup> parte del hecho comprobado de que la violencia contra las mujeres es generalizada y las afecta más allá de su origen étnico/cultural, edad, clase social, religión, nivel educativo y otras condiciones.

En ese contexto define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”<sup>23</sup>. Es muy importante el señalamiento expreso de los diversos ámbitos en que se puede ejercer la violencia contra la mujer, sobre todo el privado que durante décadas había sido dejado fuera de la esfera de protección de los derechos humanos. De hecho este instrumento señala explícitamente que las diversas formas de violencia contra la mujer pue-

22 Ratificada por el Ecuador el 30 de junio de 1995.

23 Art. 1 de la Convención Belem do Pará.

den tener lugar dentro de la familia, en las relaciones interpersonales y en la comunidad.

La Convención enumera una serie de deberes del Estado de carácter inmediato, entre ellos<sup>24</sup>:

- a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) Incluir en la legislación interna normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; d) Adoptar las medidas jurídicas que impidan que el agresor continúe ejerciendo diversas formas de agresión; e) Modificar normativas o prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f) Establecer procedimientos legales que brinden efectiva protección y juicio oportuno en los casos de mujeres víctimas de violencia; g) Establecer mecanismos de acceso a la reparación; h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la Convención.

En el Art. 9 de la Convención Belem do Para se establece que los Estados “tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica (...)”.

De manera complementaria la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)<sup>25</sup> establece que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios, prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres<sup>26</sup>.

Entre los deberes de los Estados Parte de la CEDAW vale resaltar el de establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de

---

24 Véase Art. 7 de la Convención Belem do Pará.

25 Ratificada por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

26 Art. 5 literal a) de la CEDAW.

la igualdad con los hombres y garantizar por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación<sup>27</sup>.

Respecto a la categoría tribunales nacionales o competentes, es mi criterio que incluye a la justicia indígena reconocida constitucional e internacionalmente, por lo mismo la protección jurídica a las mujeres contra la discriminación también compete a las autoridades indígenas.

Ahora bien, el abismo que aún existe entre la normativa y su efectivo cumplimiento, sigue siendo un problema crucial en el ámbito de los derechos humanos en general y de los derechos de las mujeres en particular.

De hecho, cada vez es más evidente que las mujeres víctimas de violencia encuentran serias dificultades de protección en la administración de justicia estatal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró en el año 2007 un Informe sobre el acceso a la justicia (estatal) para las mujeres víctimas de violencia en las Américas en el que se constatan varios elementos cruciales para entender la gravedad de este problema de derechos humanos, entre los que destaco<sup>28</sup>:

- Las mujeres víctimas de violencia no logran un acceso expedito, oportuno y efectivo a recursos judiciales cuando la denuncian, la gran mayoría de estos hechos permanecen en la impunidad quedando en desprotección sus derechos.
- Los Estados no cumplen de manera general con su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer. No basta la disponibilidad formal de recursos judiciales sino que estos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas. Se constatan las siguientes deficiencias: retrasos injustificados, vacíos e irregularidades en las diligencias, falta de recursos humanos y económicos para realizar investigaciones efectivas y judicializar y sancionar los casos, de manera particularmente crítica en las zonas rurales.

27 Art. 2 literal c) de la CEDAW.

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, OEA, 2007, pp. vi-xiii.

- La ineficacia de los sistemas de justicia para procesar y sancionar los casos de de violencia contra las mujeres se ve afectada más aún por patrones socioculturales discriminatorios que se expresan en considerarlos como casos no prioritarios que deberían resolverse en el ámbito privado, en la descalificación a las víctimas, el maltrato a sus familiares, la falta de actuación de pruebas clave, etc. Así mismo se evidencia que la policía particularmente no cumple con su deber de proteger a las mujeres víctimas de violencia, en varios casos mujeres víctimas de agresiones mortales contaban con medidas cautelares de protección que no fueron adecuadamente supervisadas o implementadas.
- Existen una serie de obstáculos que dificultan la interposición de denuncias de actos de violencia contra las mujeres, entre ellos la victimización secundaria que pueden sufrir las víctimas, la falta de garantías judiciales para proteger la dignidad y la seguridad de las víctimas y de los testigos durante el proceso, el costo económico de los procesos judiciales y la ubicación geográfica de las instancias judiciales.
- No existen estadísticas a nivel nacional de casos de violencia contra las mujeres lo que se traduce en una invisibilización del problema y obstaculiza el desarrollo de políticas públicas en el área judicial que respondan a la magnitud y gravedad del problema.
- La violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia, afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes que están expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Sufren varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico/racial y por condición socioeconómica.
- La violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta y en el tratamiento de casos de violencia por parte de los funcionarios de la administración de justicia y de la policía que configura una sistemática impunidad y desprotección.

Estos elementos nos dan cuenta de las severas falencias de la justicia estatal frente a los casos de violencia contra las mujeres en general y su agudización por el racismo que sufren las mujeres indígenas que buscan la protección de la justicia ordinaria.

Una conclusión de los talleres realizados como parte del proyecto de Diálogo de Saberes (en adelante talleres de diálogos) es precisamente que tanto en la justicia ordinaria como en la justicia indígena las mujeres no encuentran una adecuada protección frente a la violación de sus derechos humanos<sup>29</sup>.

En la justicia indígena, muchos casos de violación, de acoso sexual se resuelven por medio de una transacción entre familias, entre grupos, sin considerar a la mujer como sujeto de derechos individuales también. Así mismo las respuestas son similares frente a casos de violencia física intrafamiliar como lo evidencia una líder indígena, “creo que es necesario que se entre en un proceso de cambio y también de lucha de las mujeres, porque ellas tendrán que aprender a tomar decisiones, aprender a resolver los casos en los que no se resuelva la agresión física por medio de la disculpa, la segunda oportunidad o por medios económicos”<sup>30</sup>.

En muchos casos la subordinación de las mujeres se sustenta en la defensa de los valores comunitarios, de la diversidad cultural y de los derechos como pueblos. Es precisamente en estos casos cuando el imperativo propuesto por Boaventura de Sousa Santos respecto a que tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza, se queda corto como respuesta a relaciones de poder asimétricas al interior de una misma cultura. Pues en no pocos casos la cultura propia puede imponer a sus integrantes subalternizados formas de violencia y discriminación en nombre del mantenimiento de los valores y características de su identidad cultural<sup>31</sup>.

Al respecto es importante tomar en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “es de reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos (...) al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en

29 Participante lideresa indígena, en Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, *op. cit.*, p. 101.

30 *Ibidem*, p. 107.

31 Una crítica a estas prácticas se la puede encontrar en Anzaldúa, Gloria, “Movimientos de rebeldía y las culturas que traicionan”, en Hooks, Bell *et al.*, *Otras inapropiables: Feminismo desde las fronteras*, Editorial Traficantes de sueños, Madrid, 2004, pp. 71-80.

igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar”<sup>32</sup>.

Así como en la administración de justicia estatal los casos de violencia contra las mujeres no son considerados relevantes o prioritarios en la justicia indígena (con excepciones que analizaremos más adelante) se coincide con dicha visión. Refiriéndose a la provincia de Chimborazo, una líder indígena afirma:

Yo si noto que hay bastante machismo en los compañeros de los cabildos de muchas comunidades, donde se investiga y consulta el tratamiento que se le da a los problemas de violencia intrafamiliar. Ellos lo que dicen es: “No, aquí casi no hay eso.” Negando una realidad que es general por decir lo menos y además ellos lo que hacen es que las asambleas se dan para problemas grandes (...) de robo de ganado, de linderos (...) pero no para el tema de violencia intrafamiliar. (...) no toman en cuenta que de pronto eso sí afecta a su comunidad y a la armonía familiar<sup>33</sup>.

En los talleres de diálogos se resaltaron dos experiencias innovadoras en Sucumbíos y en Cotacachi en donde se ha combinado la formación de promotores y promotoras indígenas del buen trato o la buena convivencia y la creación de normativas internas (Ley del buen trato en Sucumbíos y el Reglamento del *sumak kawsay* y de la buena convivencia en Cotacachi)<sup>34</sup>. En ambos casos la organización de las mujeres indígenas y su empoderamiento han sido clave para posicionar el problema de la violencia contra la mujer y la violencia intrafamiliar como un asunto prioritario que deber ser resuelto por la justicia indígena de manera equitativa.

En el caso de las promotoras por el buen trato en las comunidades indígenas de Sucumbíos, su conocimiento sobre la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia (Ley 103) y los derechos humanos de las mujeres las han fortalecido y empoderado frente a los agresores. Una líder indígena cuenta un caso en que una mujer de su comunidad fue brutalmente golpeada por su esposo y buscó su ayuda en calidad de promotora del buen trato. Ella le

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 70.

33 Participante lideresa indígena, en Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, *op. cit.*, p. 113.

34 *Ibidem*, p. 114.



ofreció presentar el caso a la Asamblea. Antes de que ésta iniciara el agresor se acercó a pedirle que arreglaran la situación sin que tenga que ir preso. En efecto, en la Asamblea firmaron un acta en la que el agresor se comprometía a no volver a violentar a su esposa. De acuerdo con este relato, la amenaza de que en caso de no cumplir tal acuerdo se le enviaría a la cárcel<sup>35</sup> directamente con la firma del presidente de la comuna, resultó efectiva para que no se repitieran los actos de violencia<sup>36</sup>.

Al parecer ha habido casos en los que esta amenaza se ha concretado al decir de una funcionaria de la Comisaría de la Mujer:

He tenido el apoyo de la FONAKISE a través de los derechos humanos, quienes por peticiones y oficios a la señora comisaria han solicitado, de que a tal persona por ser reincidente se le sancione y se le aplique el máximo de la pena. ¿Por qué? Porque dentro de la respectiva comunidad ya hubieron reuniones, se les ha dado una nueva oportunidad, han hecho un acuerdo. Si no han cumplido ese acuerdo, en virtud de eso, han solicitado a los derechos humanos de que sea la justicia, en este caso estatal, la que se aplique y se le sancione a esa persona<sup>37</sup>.

Al respecto creo que es aplicable a estos casos lo planteado por Trujillo, “[t]odos los conflictos, cualquiera sea la materia y cualquiera la importancia son de competencia de la autoridad indígena, salvo aquellas para las que la misma autoridad indígena competente decline su competencia y las remita al juez estatal”<sup>38</sup>.

35 Esta práctica ha sido implementada en Colombia por el Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia del Pueblo Inga de Aponte quienes resolvieron que la sanción a dos de sus integrantes acusados de delitos de violación del primero y de violencia intrafamiliar e intento de asesinato el segundo sería de seis años de cárcel por la gravedad de las infracciones. La Corte Constitucional al resolver la tutela propuesta por la máxima autoridad de este pueblo indígena, ordenó que se reciba a los integrantes de la comunidad en el Centro Penitenciario de Pasto, lo cual había sido inicialmente negado por las autoridades carcelarias. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1026/08, Internet, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

36 Participante lideresa indígena, en Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, *op. cit.*, pp. 111-112.

37 Participante de la Comisaría de la Mujer y la Familia, en Marcelo Bonilla y Diego Yela, *op. cit.*, p. 93.

38 Trujillo, Julio César, “Plurinacionalidad y justicia indígena”, *Derechos del Pueblo*, No. 171, CEDHU, Quito, junio 2009, p. 5.

En todo caso parecería confirmarse lo que afirma Pequeño:

[l]os procesos de organización de las mujeres, así como el acceso a talleres, cursos y capacitaciones en derechos humanos y derechos de las mujeres parecieran ponerlas en un nuevo pie de lucha: les permite defender su integridad y exigir respeto. Lo interesante es que, pese a apelar a una lógica universalista y eurocentrista, el discurso de los derechos se torna en una herramienta estratégica para defenderse, sin sentir, por lo menos aparentemente, que se está transgrediendo de manera completa el orden comunitario”<sup>39</sup>.

Redundando en esta idea tenemos que uno de los compromisos asumidos por el Mandato de la I Cumbre continental de mujeres indígenas<sup>40</sup> dice “[f]ormarnos e informarnos en el conocimiento de los instrumentos internacionales que defienden los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas y en particular de las mujeres”. Mencionan al inicio de este mandato que uno de sus propósitos es “buscar alternativas para eliminar la injusticia, la discriminación y la violencia contra las mujeres, el machismo y volver a las formas de respeto mutuo y armónico en la vida planetaria (...)”.

Al respecto me parece importante apuntar que el conocimiento y uso por parte de mujeres indígenas de instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres y/o de la normativa nacional de protección contra la violencia contra la mujer y la familia o las iniciativas de poner por escrito reglamentos, leyes o estatutos de los pueblos indígenas que incluyan la protección contra la violencia y discriminación a las mujeres, no deberían ser considerados *per se* como una adhesión al discurso eurocentrista de derechos humanos y una traición a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Me parece que estas prácticas impulsadas básicamente por las mujeres indígenas organizadas muestran esa posibilidad de aprender de otras culturas y

39 Pequeño, Andrea, “Violencia de género y mecanismos de resolución comunitaria en comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana”, en Lang, Miriam y Kucia, Anna (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 87.

40 La Cumbre se desarrolló en Puno-Perú del 27 al 28 de mayo de 2009. Contó con la participación de más de tres mil quinientas mujeres indígenas. Este encuentro se enmarcó en la Cuarta Cumbre Continental de Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Abya Yala.

sistemas normativos y tomar aquello que cobra sentido precisamente para enriquecer su propia cultura, sistema jurídico y de justicia.

Más aún, considerando el posicionamiento subalterno de la mayor parte de mujeres al interior de los pueblos indígenas (al igual que en la mayor parte de culturas y sociedades occidentales). Pienso además que estas prácticas se inscriben en la lógica alternativa impulsada por varias mujeres indígenas en América Latina que, tal como lo reseñé en párrafos anteriores, combina la lucha por el reconocimiento y respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a ejercer sus formas de justicia basado en su normativa propia, y la lucha por que la justicia indígena se transforme para brindar una efectiva protección a las mujeres contra la violencia y discriminación al interior de sus comunidades, tarea que en general aún está pendiente.

Esa afirmación se ve confirmada por la Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador del 24 al 28 de octubre de 2008 que entre sus recomendaciones incluye las siguientes:

Exigimos que se fortalezca el sistema de justicia ancestral en nuestros países y que se reconozcan sus resoluciones por parte de la justicia ordinaria. Pedimos que los estados tomen las medidas adecuadas para garantizar el desenvolvimiento institucional de la justicia ancestral. No se trata de crear nuevas estructuras judiciales paralelas a las tradicionales en las comunidades con el objetivo de fortalecer el acceso a la justicia, tales como mediadores comunitarios, juzgados comunitarios, etc., sino de reconocer las competencias, jurisdicción y sabiduría de las autoridades indígenas que han mediado y resuelto conflictos tradicionalmente.

Al mismo tiempo, exigimos que las autoridades indígenas responsables de la aplicación de la justicia ancestral revisen las formas de resolución de casos de violencia contra las mujeres, incluyendo violencia física, psicológica, sexual, pago de alimentos, adulterio, conflictos de herencia, acceso a la tierra e impedimentos de la participación de las mujeres, y hagan partícipes a las mujeres indígenas organizadas en este proceso<sup>41</sup>.

41 “Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador”, en Lang, Miriam y Kucia, Anna (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009, p. 242.

Lo que aún me parece que tendría que ser fortalecido es un mayor conocimiento sobre los sistemas de justicia indígena en su diversidad, entender cómo se expresan en la práctica principios como el de la equidad, la complementariedad, la compensación, el buen vivir. De qué manera estos principios pueden enriquecer una concepción de justicia y de derechos humanos interculturales y cómo pueden aportar respuestas efectivas para el caso concreto de la violencia y discriminación contra las mujeres.

De hecho, de lo debatido en los talleres de diálogos se aprecia que existen experiencias de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal particularmente en el caso de algunas comunidades indígenas de Sucumbíos en las que se valora la presencia de la Comisaria de la Mujer como autoridad que llega a brindar capacitaciones sobre violencia, género y derechos humanos a los promotores/as del buen trato<sup>42</sup>. No obstante, es evidente que esta coordinación no ha sido de doble vía, pues ha enfatizado en la capacitación hacia los y las promotores/as indígenas del buen trato pero no ha comprendido la difusión y capacitación sobre conocimientos y prácticas de la justicia indígena que pudieran enriquecer a la justicia estatal.

En los debates desarrollados en los talleres de diálogos se planteó la posibilidad de crear Comisarías de la Mujer Interculturales en zonas rurales con funcionarios/as que hablen las lenguas indígenas así como a la par fortalecer la protección a las mujeres contra la violencia al interior de las jurisdicciones indígenas<sup>43</sup>.

Si bien el reconocimiento constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural implica la obligación de que este carácter se vea reflejado en toda la institucionalidad estatal, resulta urgente que la Corte Constitucional que tiene entre sus funciones el control de constitucionalidad de las decisiones de las autoridades indígenas incorpore en su composición la diversidad étnica y en su quehacer una interpretación jurídica intercultural. Tal como afirma Grijalva:

[e]l constitucionalismo plurinacional no puede ser sino profundamente intercultural, puesto que a él le corresponde constituirse en el ámbito de relación

42 Participante lideresa indígena en Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, *op. cit.*, p. 108.

43 *Ibidem*, p. 109.

igual y respetuosa de distintos pueblos y culturas a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas, y mantener la unidad como garantía de la diversidad<sup>44</sup>.

En este artículo he afirmado que el reconocimiento constitucional e internacional de la justicia indígena es un avance importante así como también el reconocimiento de derechos humanos de las mujeres que buscan protegerlas contra la discriminación y violencia generalizada que sufren en las diversas culturas. Así mismo he presentado evidencias de que tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria presentan graves falencias al momento de resolver casos de violencia contra las mujeres. He resaltado el rol de las mujeres indígenas organizadas que en diversos países de América Latina han logrado superar la dicotomía entre el relativismo cultural y el discurso liberal universalizante que desconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, combinando una lucha por los derechos de sus pueblos y por los cambios necesarios al interior de estos para garantizar los derechos de las mujeres indígenas. Así mismo he planteado que la posibilidad de generar relaciones interculturales entre las justicias pasa por reconocer la colonialidad del poder y de la alteridad así como el carácter patriarcal de nuestras culturas y sociedades como obstáculos que deben ser superados. También he defendido la necesidad de entender la identidad como una construcción histórica cambiante y de asumir las debilidades y carencias recíprocas de las diversas culturas, a fin de que el diálogo se concrete entre diferentes pero iguales en valor y dignidad sin que ninguna de las culturas sea vista como modelo del ideal a ser alcanzado sino que la relación intercultural permita un enriquecimiento mutuo a partir de los valores de las otras culturas que presentan un mayor reconocimiento del otro y la otra.

El reto de construir relaciones interculturales entre la justicia indígena y la justicia ordinaria es realmente enorme, más aún cuando se incorpora a este debate no solo la diversidad cultural y étnica sino la de género. Dar respuesta a este desafío requerirá un debate abierto, amplio y sostenido que recién está dando los primeros pasos pero que anuncia transformaciones.

---

44 Grijalva, Agustín, *op. cit.*, p. 52.

[S]e viven épocas de cambio que han propiciado el surgimiento de mujeres indígenas que están luchando por el cambio de estas visiones patriarcales, buscando una profunda transformación social que elimine el racismo, la discriminación, las inequidades y construya otra sociedad, la sociedad de la paz y el desarrollo equitativo intercultural para todas y todos”<sup>45</sup>.

## VI. Bibliografía

- Anzaldúa, Gloria, “Movimientos de rebeldía y las culturas que traicionan”, en Hooks, Bell et al., *Otras inapropiables: Feminismo desde las fronteras*, Editorial Traficantes de sueños, Madrid, 2004.
- Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, *Información sistematizada de los diálogos*, Proyecto Diálogo de saberes sobre los mecanismos y formas de resolución de la violencia contra las mujeres indígenas: Los casos de las provincias de Imbabura, Chimborazo y Sucumbíos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- Centro de Desarrollo, Difusión e Investigación Social, CEDIS, *Agenda de equidad de género de las mujeres kichwas de Chimborazo*, Editorial Pedagógica Freire, Riobamba, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, OEA, 2007.
- Cumes, Aura Estela, “Mujeres indígenas, poder y justicia: de guardianas a autoridades en la construcción de culturas y cosmovisiones”, en Lang, Miriam y Kucia, Anna (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009.
- Duarte, Jael Mercedes, “Violencia intrafamiliar en el pueblo Nasa (Paeces), Colombia: un caso de pluralismo jurídico, en Andrea Pequeño (comp.), *Participación y políticas de mujeres indígenas en América Latina*, FLACSO Ecuador / Ministerio de Cultura, Quito, 2009.
- Guerrero, Patricio, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida. “Nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser”*, FONDEC, Asunción, 2007.

<sup>45</sup> Centro de Desarrollo, Difusión e Investigación Social, CEDIS, *op. cit.*, p. 54.

- Grijalva, Agustín, “El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, revista Ecuador Debate No. 75, Centro Andino de Acción Popular, Quito, 2008.
- Hernández, Aída, “Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad”, revista La Ventana No. 18, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2003.
- Moller Okin, Susan, “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en Cohen, Joshua, Howard, Mathew y Nausbaum, Martha C. (edits.), *¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?*, Princeton University, Nueva Jersey, 1999.
- Pequeño, Andrea, “Violencia de género y mecanismos de resolución comunitaria en comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana”, en Lang, Miriam y Kucia, Anna (comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*, UNIFEM, Quito, 2009.
- Prieto, Mercedes et al., “Respeto, discriminación y violencia: Mujeres indígenas en Ecuador 1990-2004”, en Lebon, Natalie y Maier, Elizabeth (coords.), *De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina*, Latin American Studies Association, UNIFEM, Siglo Veintiuno Editores, México, 2006.
- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Pajuelo, Ramón y Sandoval, Pablo (comps.), *Globalización y diversidad cultural*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2004.
- Santos de Sousa, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Universidad de Los Andes/Siglo de Hombre Editores, Bogotá, 1998.
- Tibán, Lourdes y Ilaquiche, Raúl, *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Fundación Hanns Seidel, Quito, 2008.
- Trujillo, Julio César, “Plurinacionalidad y justicia indígena”, *Derechos del Pueblo*, No. 171, CEDHU, Quito, junio 2009.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado y Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya Yala, Quito, 2009.

## **Normativa**

Constitución Política del Ecuador, 1998.

Constitución Política del Ecuador, 2008.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

## **Internet**

*[www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)*



# Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal<sup>1</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni\*

---

## Sumario

I. La trascendencia histórica del reconocimiento penal del pluralismo cultural. II. ¿Sería la primera vez en la historia que se reconoce la vigencia territorial de dos sistemas jurídicos? III. ¿Una cuestión de teoría del Estado? IV. ¿Les podemos ofrecer un sistema mejor? V. La objeción: las penas atroces. VI. Las disposiciones proyectadas. VII. Bibliografía.

---

1 El Presente ensayo forma parte un estudio introductorio realizado con motivo de la presentación del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, realizado por la Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia, integrada por Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni. Edición digital [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net).

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos aires (UBA) y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Autor de obras como *Manual de Derecho Penal, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Criminología: Aproximación desde un margen, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal, y El enemigo en el Derecho Penal.*

## I. La trascendencia histórica del reconocimiento penal del pluralismo cultural

Pocas dudas caben acerca de que la concepción de ley penal en la tradición jurídica europea de los últimos siglos responde mucho más a la idea hobbesiana del estado que a la idea liberal de Locke<sup>2</sup> Para el fundador del concepto de soberanía (aunque cabe contar también a Bodino en Francia) la ley penal implicaba la inclusión de todos sin excepción, pues quienes quedaban fuera del contrato por el que se entregaba la totalidad del poder al *soberano* se volvían peligrosos y debían ser tratados como enemigos<sup>3</sup> y no como delincuentes. En cierto sentido, las disposiciones del código peruano de 1924<sup>4</sup>, al igual que la posición de Medrano Ossio en el debate de los años cuarenta del siglo pasado con López-Rey Arrojo, parecen ser hijas directas de Hobbes.

No es para nada extraño que las ideas del positivismo criminológico —que nutren esas disposiciones— coincidan con el planteo hobbesiano, sino todo lo contrario. En el siglo XIX, el racismo de Spencer —que no era biólogo ni filósofo, sino ingeniero de ferrocarriles— fundó la antropología imperialista británica en un pseudocientífico reduccionismo biologista que legitimó los genocidios del neocolonialismo —como el belga en África Central<sup>5</sup> y otros— y para eso *biologizó* racistamente la exclusión de los colonizados del contrato por el que se entregaba todo el poder al *soberano*. La *inferioridad biológica* de los colonizados no sólo legitimaba el colonialismo sino que también los hacía peligrosos, pues eran *salvajes* y presentaban características atávicas, es decir, correspondientes a especies inferiores, no evolucionadas. Pero también los criminales europeos eran biológicamente inferiores, porque eran los europeos pobres que tampoco habían

2 Es difícil imaginar lo que hubiese decidido Locke frente a una situación como la actual y a un planteamiento de respeto a la pluralidad cultural. Sería interesante desarrollarlo. Intuitivamente creemos que la proyección de su contractualismo no lo rechazaría en absoluto.

3 Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited with an Introduction by C. B. Macpherson, London, 1985, p. 356.

4 La autoría del derogado código peruano en general se debe al legislador Víctor M. Maúrtua y fue sancionado en enero de 1924 y entró en vigencia en julio del mismo año. Los artículos referidos son el 44 y el 45, el primero a “salvajes” y el segundo a “indígenas semi-civilizados”.

5 Sobre ello, véase la famosa novela de Joseph Conrad, *Heart of Darkness*, Firenze, 2005.

evolucionado como los ricos y, por ende, presentaban las mismas características atávicas o regresivas que los colonizados; eran los criminales natos de los que primero habló el frenólogo español Cubí Soler en España<sup>6</sup> y más adelante perfeccionó y difundió mundialmente su concepto el famoso Cesare Lombroso<sup>7</sup>.

El racismo biologista —del que el positivismo criminológico no fue más que un capítulo—, legitimó las conquistas del neocolonialismo del siglo XIX y como parte de éste el reparto de África que en el Congreso de Berlín de 1884/1885 hicieron las potencias *civilizadas* y del que participaron Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal, Rusia, España, Suecia, Turquía y los Estados Unidos<sup>8</sup>.

Este positivismo racista legitimó el *apartheid* mundial y también sus diferentes versiones nacionales. De su nivel mundial deriva, como consecuencia clara, el triste espectáculo actual del continente olvidado —la pobre África— que debe su historia reciente de genocidios y luchas fratricidas<sup>9</sup> a la artificial división política inventada por el fatídico congreso de Berlín.

Las versiones latinoamericanas del racismo positivista fueron diferentes. Terminadas nuestras luchas entre los intereses de las economías extractivas propias del viejo colonialismo y las nuevas economías mercantilistas propias del nuevo o neocolonialismo —en casi toda la región identificadas como luchas entre conservadores y liberales— siguió al triunfo de las últimas el establecimiento de repúblicas oligárquicas *cuasifeudales* con minorías que detentaban el poder económico y político, vinculadas estrechamente a los

6 La expresión la utilizó el frenólogo español Mariano Cubí Soler en 1843, o sea, más de treinta años antes que Lombroso. Sobre este autor, véase Alfonso Serrano Gómez, *Historia de la Criminología en España*, Madrid, 2007, pp. 36 y ss.

7 Lombroso sostenía que los criminales natos tenían caracteres mongoloides y africanoides, es decir, de colonizados que constituían una *specie generis humani* diferente, pues no habían conseguido completar el desarrollo ontogenético que sintetizaba el filogenético, o sea, que nacían sin terminar. Así: Lombroso, *L'uomo delinquente*, 3ª ed., Torino, 1884, p. 295. Fructuoso Carpena sostenía hace un siglo que la criminología era algo así como un capítulo de la zoología: *Antropología criminal*, Madrid, 1909.

8 Cfr. Wayne Morrison, *Criminology, Civilization and the New World Order*, London, 2006, p. 149.

9 Sobre ellas, Martin Meredith, *The State of Africa, A History of Fifty Years of Independence*, London, 2006.

intereses de las nuevas metrópolis, o sea, minorías proconsulares que asumieron el discurso positivista racista, proclamándose iluminadas y adelantadas de la *civilización*, lo que justificaba la exclusión de las grandes mayorías originarias o mestizas de toda ingerencia política, con privación completa de la ciudadanía, incluso de la meramente formal. Tales fueron las repúblicas oligárquicas del *porfiriato* mexicano, del *patriciado* peruano, de la *oligarquía vacuna* argentina, de la *República velha* brasileña o de la triste oligarquía del estaño boliviana.

Para esas oligarquías el originario quedaba totalmente fuera de juego, era un ser inferior al que se podía exterminar si era necesario para quitarle tierras o, en el mejor de los casos, no pasaba de ser un *objeto explotable* si se lograba convertirlo en campesino, reduciéndolo a una mercancía cuya propiedad se transfería con la del fundo. Los más humanistas entre los corifeos científicos de las oligarquías proponían *civilizarlos*, o sea, privarlos de sus culturas e incorporarlos forzosamente a la *civilización*, pero siempre en una nebulosa diferida a un futuro lejano al que se relegaba esta propuesta de verdadero *genocidio cultural*. Por supuesto que tampoco faltaron genocidios físicos —como la campaña al desierto argentina—, pero hubo otra forma genocida, menos mentada, que fue impedir los nacimientos mediante la esterilización, lo que también se nutría de la falsa ciencia biológica, en este caso bajo la advocación de la *eugenesia* inglesa, que prendió brutalmente en los Estados Unidos impulsada por los criadores de ganado y los veterinarios<sup>10</sup> y de allí pasó a Alemania, acabando en la destrucción física de millones de personas, entre otros de enfermos<sup>11</sup>.

Buena parte de Latinoamérica sufrió otro racismo, desconocido en Bolivia. Cuando el genocidio colonialista de los primeros siglos acabó con buena parte de la población originaria, fue necesario importar mano de obra extractiva y se produjo el tráfico esclavista, que importó culturas africanas. En Bolivia, la inadaptación física del negro para la extracción minera impidió

10 Cfr. Edwin Black, *War against the weak. Eugenics and America's campaign to create a master race*, New York, 2003.

11 Sobre ello: Alice Ricciardi von Platen, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 2000; investigaciones recientes han puesto de manifiesto la muerte masiva de enfermos mentales por hambre en los manicomios franceses durante la República títere de Vichy.

este tráfico en gran escala, pero en los países con cultivos intensivos se montó una economía esclavócrata que se extendió masivamente y se arrastró hasta fines del siglo XIX (la *Lei Aurea* brasileña es de 1888). Frente al problema que esta cultura africana le creaba a las oligarquías vernáculas, éstas echaron mano del mismo discurso racista positivista para legitimar el mantenimiento de la población liberta en condiciones de subordinación política, económica y social, o sea, para inventar un *apartheid* local.

América Latina tiene una característica, provocada por lo que Hegel le señaló a los ibéricos como un error político, que según él no habían cometido los británicos<sup>12</sup> y que le otorga una particularidad: los colonizadores primitivos se mestizaron con los pobladores originarios. Esto creó un serio problema a las oligarquías vernáculas del neocolonialismo: su mayor dificultad política para mantener el *orden* no fueron los originarios ni los negros puros esclavizados o sus descendientes, sino los mestizos y mulatos que, participando en buena parte de los caracteres físicos de los *criollos* y estando *aculturados*, tenían una autoestima mucho mayor y no aceptaban dócilmente la subordinación, especialmente en las concentraciones urbanas<sup>13</sup>. De allí que desde fines del siglo XIX se teorizase desde la *ciencia penal* en contra del mestizaje racial, con la pretensión de profundizar al *apartheid* hasta el extremo, imitando las prohibiciones de *matrimonios mixtos* de los Estados Unidos<sup>14</sup>.

Para teorizar este *apartheid* se echó mano del consabido positivismo racista, esta vez de cuño francés, dando preferencia a la idea de *degeneración* de Morel<sup>15</sup>, sosteniendo que era un suicidio racial mezclar *filos genéticos* lejanos, para lo cual cada uno de los racistas consideró *lejanos* los que más convenían a su versión local del *apartheid*: el fundador de la criminología brasileña consideraba *lejanos* a los africanos y a los ibéricos<sup>16</sup>, en la Argentina eran *lejanos*

12 Véase, Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980, p. 171.

13 Esto lo prueba, entre otras investigaciones, el trabajo pionero de Martha Knisely Huggins, *From Slavery to Vagrancy in Brasil. Crime and Social Control in the Third World*, New Jersey, 1985.

14 La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la ley de Virginia que prohibía los matrimonios de negros y blancos en 1957.

15 Sobre Morel y sus seguidores: Daniel Dic, *Volti della degenerazione: una síndrome europea 1848-1918*, Firenze, 1999.

16 Así, Raimundo Nina Rodríguez, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahia, 1894.

los indios y los ibéricos<sup>17</sup>, cuyo producto era el *gaucho*, o sea el mestizo indócil de la pampa, al que se reclutaba a la fuerza y se mandaba a combatir al indio<sup>18</sup>.

Tanto la criminología brasileña como la argentina nacieron bajo el inconfundible signo del racismo. El racismo fue cobrando tonalidades propias en cada uno de nuestros países. En México le resultaba difícil a la oligarquía ocultar que Benito Juárez y Porfirio Díaz eran mestizos y que muchos de sus blancos afrancesados eran descendientes de los soldados desertores del invasor napoleónico del imperio de opereta de Maximiliano de Austria. En todo el eje Andino se topó con la resistencia secular de las culturas originarias y con los sincretismos de sus mestizajes. En el Brasil el mulato adquirió superioridad hasta redondear su cultura e imponer un amplio sincretismo religioso. En la Argentina la subestimación del mestizo se combinó con una idealización del inmigrante europeo que, cuando llegó, trajo consigo los reclamos sociales de sus tierras originarias y la oligarquía reaccionó con un nuevo racismo: postuló que los inmigrantes eran los *atávicos* europeos, o sea, que entre ellos venían los *criminales natos* de Lombroso.

La ley penal ignoró estas cuestiones. No podía reconocerlas porque era pensada como un instrumento de control social de esos *inferiores*, diferentes en cada país, pero coincidentes en que cada uno tenía *inferiores* y debía controlarlos porque eran peligrosos. Sólo se pueden hallar en la codificación las referencias tardías del código de Maúrtua, como novedad vernácula en la general inspiración proveniente de los proyectos de Karl Stooss para la lejana Suiza. Cuando en los años sesenta del siglo pasado se discutió el llamado Código Penal Tipo Latinoamericano, se rechazaron los dispositivos peruanos, pero no se mencionó para nada al originario: en la segunda mitad del siglo pasado seguía siendo un extraño para la ley penal. El silencio continuaba como regla, porque mantenía plena vigencia la concepción hobbesiana de la ley penal. *Reconocerlo expresamente importa quebrar esta tradición de silencio casi absoluto, no ya de la ley penal sino del propio estado. Tenemos hoy la suerte de vivir en un momento en que es posible proponerlo sin caer en un escándalo universal.*

17 Así Carlos Octavio Bunge, *Nuestra América, Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903.

18 Este drama fue la base del poema nacional de José Hernández, *Martín Fierro*.

## II. ¿Sería la primera vez en la historia que se reconoce la vigencia territorial de dos sistemas jurídicos?

Si bien el expreso reconocimiento de dos derechos o sistemas de resolución de conflictos quiebra una tradición hobbesiana, ésta es relativamente moderna y no siempre fue ortodoxamente respetada, pues lo cierto es que el abandono del principio de territorialidad único no es algo completamente nuevo en la historia ni mucho menos, toda vez que se lo abandonó en múltiples casos de forzada coexistencia de culturas.

Desde la cuna misma de la tradición jurídica invocada para imponer un único derecho territorial, es decir, en la vieja Roma, parece que se reconoció el principio de personalidad del derecho en algunos momentos respecto de pueblos dominados. Más adelante, en la Europa de los germanos se discute si el famoso Edicto de Rotari del año 643 —que ordenó el derecho germánico del norte de Italia— era aplicable sólo a los longobardos y en qué medida a los pueblos originarios<sup>19</sup>, pero no cabe duda alguna de que en España, *como en los demás países invadidos, los bárbaros siguieron rigiéndose por su derecho y respetaron las instituciones jurídicas de los sometidos*<sup>20</sup>.

De este modo, resulta indiscutible que los mismos colonizadores primitivos tuvieron vigentes dos derechos en su propio territorio<sup>21</sup>. Pero mucho más cerca en el tiempo, en pleno neocolonialismo y a despecho de su concepción del estado tan única y *soberana*, las mismas potencias neocolonialistas echaron mano del principio de personalidad cuando les convino, como los ingleses en la India o los franceses en Argelia, e incluso se adaptaron a ese criterio las potencias coloniales originarias en esta nueva era de dominación, como los portugueses en la India a fines del siglo XIX<sup>22</sup>.

19 Cfr. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, I, p. 110.

20 Salvador Mingujiñón Adrián, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1933, p. 44.

21 Puede verse el estudio histórico que precede al *Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos códices por la Real Academia Española* (Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. 1815) de la pluma de Manuel de Lardizábal y Uribe.

22 Puede verse el reconocimiento del derecho de familia indio y mahometano en Goa: Luís Da Cunha Gonçalves, *Direito Hindú e Mahometano. Comentário ao Decreto de 16 de Dezembro de 1880 que ressalvou os usos e costumes dos habitantes nao cristaos di distrito de Goa na Índia Portuguesa*, Coimbra, 1923.

No obstante, no acaban allí los antecedentes, pues aunque no se lo recuerde con frecuencia, la excepción de la norma penal en las comunidades originarias de América estuvo consagrada en algunos de nuestros primeros códigos penales, pese a que, por ser también códigos importados, poco sabemos de los efectos de su real vigencia, no obstante lo cual es significativo anotar que algunos liberales —los centroamericanos— lo adoptaron como principio, antes de que los códigos posteriores entrasen en el silencio total al respecto.

En efecto: en los primeros años del siglo XIX el político y jurista norteamericano Edward Livingston proyectó para su estado —Louisiana— una legislación penal, procesal penal y penitenciaria que más tarde adaptó en un proyecto que sostuvo en el Senado de los Estados Unidos para la justicia federal<sup>23</sup>. En su texto establecía que la ley penal no era aplicable a los originarios por hechos cometidos entre ellos en las reservas. Sus teorías eran cercanas a las de Bentham y su obra fue la primera que dedicó un amplio espacio a la ejecución de la pena privativa de libertad. Pese a que los proyectos de Livingston nunca fueron sancionados en Louisiana ni en los Estados Unidos, lo cierto es que hubo una traducción castellana<sup>24</sup> y que su código fue sancionado en Guatemala y en Nicaragua en 1837<sup>25</sup>, incluyendo la cláusula mencionada<sup>26</sup>. El código de Livingston competía en América Central, en los albores de nuestra codificación independiente, con el código español de 1822 y, aunque el primer código sancionado fue este último en El Salvador en 1826, lo cierto es que a los pocos años se sancionó en dos países de la región

23 *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'État de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique, précédée d'un préface par M. Charles Lucas et d'une notice historique par M. Mignet, Paris, 1872; también: Rapport su le projet d'un Code Pénal, fait à l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, Paris, 1825.*

24 *Código Penal de Livingston con el discurso que precedió a la obra sobre los principios de su sistema, traducido del inglés por José Barrundia, impreso por orden del Gobierno Superior del Estado, Guatemala, Imprenta de la Unión, Año de 1831.*

25 Sobre la adopción del código de Livingston en Guatemala, David Vela, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, en "Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales", año I, n° 0, 1991, pp. 41 y ss.

26 El texto nicaragüense puede verse en Antonio A. de Medina y Ormaechea, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899.



el texto de Livingston, que se había convertido en bandera liberal. Pese a que los archivos de Guatemala y El Salvador se han perdido, esta historia se ha reconstruido con bastante precisión.

Nada nuevo parece haber bajo el sol, dado que retomamos algo que proviene de la vieja Roma o, al menos con certeza, de la propia formación del derecho impuesto por la colonización y que en algún momento proyectó y fue ley positiva en algunos códigos nacionales posteriores a la independencia.

### III. ¿Una cuestión de teoría del Estado?

Es posible que desde la perspectiva de la moderna teoría del estado se cuestione la vigencia de dos sistemas de solución de conflictos en un mismo territorio. No obstante, la idea de soberanía que proviene de Bodino y de Hobbes hoy parece estar bastante opacada en la actual hora de globalización, en que ya no es sostenible en sus versiones primigenias. El derecho internacional ha pasado a formar un incipiente orden mundial ante el cual no sólo ceden los derechos nacionales, sino que, conforme a la teoría del derecho único ampliamente dominante —y única coherente— forma parte de los mismos derechos nacionales.

Nuestros países han ratificado los tratados respectivos y han reconocido incluso la costumbre internacional como fuente, en forma tal que ya nuestros estados no pueden negar su vinculación jurídica con el orden mundial. Conforme a este orden mundial es incuestionable que el genocidio es un crimen que todos los estados tienen el deber de sancionar y que, además, es imprescriptible. Nadie puede dudar a estas alturas que la colonización ha sido una empresa genocida y, por ende, conforme al derecho vigente, sus crímenes son imprescriptibles. Tampoco puede dudarse de que nuestros derechos vigentes son herederos de los coloniales, al punto de que con muchísima frecuencia, en las disputas territoriales internacionales, invocamos en el presente los derechos de nuestros colonizadores: la ruptura política con ellos en la independencia ha implicado la subrogación en sus derechos. Cabe preguntarnos, por consiguiente, cuál es la fuente de legitimidad de nuestros derechos nacionales, y la respuesta no puede ser otra que el genocidio

colonialista. La *Grundnorm* sería un crimen imprescriptible. Por supuesto que como los perpetradores de ese crimen están muertos, las acciones penales se han extinguido. ¿Y las civiles? ¿Son acaso prescriptibles las acciones civiles emergentes de un crimen imprescriptible? Si la respuesta fuese afirmativa, equivaldría esto a decir que el tiempo convierte a un genocidio en *Grundnorm* de un orden jurídico que, por su parte, le reconoce el carácter de crimen imprescriptible. La contradicción es palmaria.

La doctrina de un país que se caracteriza por la originalidad con que ha resuelto la cuestión entre culturas y etnias colonizadora y colonizada, como es Nueva Zelanda, ha planteado la cuestión<sup>27</sup> y en su sistema lo ha resuelto colocando como norma básica o fundamental *Waitangi*, o sea, un tratado un tanto mitológico celebrado entre los primeros colonizadores y los jefes de los pueblos originarios, pero nosotros no tenemos nada parecido. Nuestros derechos nacionales entran en contradicción a la luz de la normativa vigente hoy en su territorio. No tuvimos ningún *Waitangi* originario fundacional ni lo podemos inventar, lo que tenemos originariamente es el genocidio imprescriptible, que el paso del tiempo no puede convertir en fuente originaria de derecho sin caer en el absurdo.

No debe confundirse *pragmatismo con realismo*. Si el pragmatismo es lo que opta por lo más práctico en una circunstancia, desentendiéndose de su racionalidad, *un derecho u orden jurídico realista es el que lleva a cabo el máximo esfuerzo de captación de la realidad y trata de aportar soluciones racionales*. No es posible desandar el tiempo y poner a funcionar en sentido inverso el filme de la historia. La más elemental racionalidad indica que sólo podemos corregir sus consecuencias actuales, especialmente *las de las poblaciones que padecen hoy las consecuencias de los hechos atroces imprescriptibles*. Nuestro reclamo al derecho internacional será el de abrir la discusión acerca de las reparaciones en algún momento futuro y, así como se instala una Corte Penal Internacional, aspirar a que llegue el día en que se pueda establecer una Corte Civil Internacional, que se ocupe de estas reparaciones. Pero esta aspiración no puede materializarse si antes, con mínima coherencia, no comenzamos por ensayar las soluciones reparadoras nacionales y, por lo menos,

27 Cfr. F. M. (Jock) Brookfield, *Waitangi and Indigenous Rights*, Auckland University Press, 1999.

detener el avance y agravamiento de las consecuencias actuales de los crímenes pasados.

La primera medida será detener la destrucción de las culturas originarias, lo que no significa condenarlas al estancamiento, sino proporcionarles los elementos para su propia dinámica. Para ello es elemental reconocerles su capacidad de resolución de conflictos y no entrometer el sistema penal legal en las soluciones comunitarias tradicionales que sean eficaces.

#### IV. ¿Les podemos ofrecer un sistema mejor?

Además de las antedichas razones, hace mucho que en el campo de la política criminal se critica seriamente el funcionamiento de los sistemas penales dominantes en nuestra cultura jurídica. La crítica criminológica, el abolicionismo y el *minimalismo* penal, en todas sus vertientes y sin referencia exclusiva a las más radicalizadas ni mucho menos, han puesto de manifiesto de modo incontrastable, la inevitable selectividad de nuestro ejercicio del poder punitivo, al punto tal que en los últimos años predomina un discurso legítimo de éste que se reduce a su función simbólica o que apela a la mera reafirmación de la vigencia de la norma en términos claramente idealistas<sup>28</sup>.

En el plano de la realidad social las características de selectividad y las más eventuales pero innegables de violencia y corrupción ya no pueden negarse por ningún criminólogo serio, lo que en los últimos años determina un giro peligrosísimo de la criminología del dominio sociológico hacia un renacimiento biológico con la insistencia en estudios e investigaciones genéticas.

Para los latinoamericanos nada de esto puede distraernos. Nuestros sistemas penales presentan las características señaladas por los autores de los países poderosos con lentes de marcado aumento y letras mayúsculas. Nuestros sistemas penales se presentan con servicios de seguridad deteriorados y corruptos, los políticos apelan a la destrucción de la racionalidad de las leyes para acallar tanto protestas sociales en reclamo de seguridad pública como campañas de *ley y orden* orquestadas por medios masivos de comunicación

<sup>28</sup> Así, G. Jakobs, Norm, *Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1999.

mercenarios o simplemente ávidos de publicidad. Conocemos los *escuadrones de la muerte* en varios de nuestros países, los fusilamientos sin proceso, las torturas, las cárceles superpobladas y con alta mortalidad y morbilidad, la selectividad criminalizante en grado máximo, la impunidad de los poderosos elevada a su más alta expresión, la desaparición forzada de personas, las *zonas liberadas* para que operen delincuentes comunes en connivencia con quienes deben reprimirlos, etc. No hay aberración imaginable que no hayan conocido ni padecido nuestros sistemas penales y que, lamentablemente, justo es confesarlo, no han podido ser erradicadas del todo, pues hemos carecido de políticas de estado en esta materia, movida a los vaivenes de medidas coyunturales inorgánicas y contradictorias, en la mayor parte de los casos destinadas a los medios masivos. Ni siquiera disponemos de un cuadro de situación que permita orientar la política criminal: carecemos de estadísticas confiables orientadas a la prevención secundaria y menos aún a la primaria.

Frente a este panorama —y sin contar con las razones antes expuestas— *no tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican*. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida en que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles.

Más allá del respeto debido al pluralismo cultural y de la necesidad de su reconocimiento por imperio de los Derechos Humanos consagrados en nuestras Constituciones y en el derecho internacional, lo cierto es que nuestro sistema de solución de conflictos es mucho peor que el que se practica tradicionalmente en esas comunidades.

A tal punto es ello cierto que, si analizamos con detenimiento lo que se está proponiendo hoy en el mundo para resolver los difíciles problemas del sistema penal dominante —y aunque no lo podamos analizar aquí en detalle— no dista mucho de lo que practican esas comunidades. En efecto: se trata de encontrar soluciones que, dejando de lado la venganza o reduciéndola en la medida de lo posible, procuren involucrar a los lesionados y repararlos, volver a la víctima, tomarla en cuenta como persona y no como mero dato sobre el cual justificar la represión sin sentido ni objeto, buscar

soluciones restaurativas, conciliatorias, terapéuticas, que contribuyan a restablecer el debilitado tejido social de nuestras sociedades. No otra cosa propone en definitiva la justicia restaurativa, la mediación en los conflictos, el minimalismo penal, la insistencia en la identificación de grupos de riesgo y en la prevención primaria orientada hacia ellos. En el extremo —y pese a todo su utopismo— el desafío doctrinario del abolicionismo importa tanto como preguntarse si nuestra civilización ha tenido éxito con su sistema penal y con su dato esencial, o sea, con la *confiscación de la víctima* a partir del momento en que el soberano se proclamó y continúa proclamándose la *víctima única* y el *dueño de la venganza*.

Sería bueno preguntarnos si hemos establecido el orden o el caos y, al final del camino, después de la soberbia de todas las bibliotecas del mundo, comunitarias, qué autoridad moral tenemos para negarles a quienes las practican el reconocimiento de su sistema de solución de conflictos.

## V. La objeción: las penas atroces

Aunque en la práctica nada hay más atroz que nuestros sistemas penales, formalmente no podemos aceptar las penas atroces. Nuestros sistemas penales se han introyectado en el equipo psicológico de quienes participamos de la civilización industrial, y en buena medida han devenido *objetos de fe*. La confianza ilimitada en ellos, su pretendida capacidad para resolverlo todo, no son más que una idolatría de la civilización industrial. El poder punitivo ha venido a usurpar el lugar de Dios: lo puede todo. Es un ídolo y como tal, tiene sus fanáticos, sus seguidores enceguecidos, que frente a cualquier conflicto, de la naturaleza que fuere, de inmediato procuran la solución punitiva, lo ponen en manos del sistema penal, con lo cual lo privan de su naturaleza y, por lo tanto, de cualquier posible solución efectiva. Cuando un problema económico se saca del campo económico, uno de salud del campo sanitario, uno educativo del campo pedagógico, y a todos se les asigna la misma naturaleza artificial —penal—, demás está decir que ninguno se podrá resolver. Y así, impulsado por sus fanáticos idólatras y explotado por muchísimos intereses coyunturales cruzados y por la impotencia de muchos políticos, el campo de lo penal crece al infinito.

Sin duda que los idólatras del *panpenalismo* alzarán sus lamentos y alaridos de alarma ante la propuesta de reconocimiento de un ámbito de justicia comunitaria y, especialmente, fundados en las penas atroces, inadmisibles, pues sólo son admisibles las atrocidades del sistema penal legal de la civilización industrial, por más que las desbocadas agencias de éste hayan sido las que protagonizaron los peores genocidios del siglo pasado.

Por suerte disponemos de los antropólogos y de sus investigaciones: *no hay penas atroces en la justicia comunitaria*. El linchamiento tiene su origen en Charles Lynch, el plantador de Virginia del siglo XVIII, y se usó fundamentalmente por las organizaciones racistas para matar negros en los Estados Unidos<sup>29</sup>, sin que tenga nada que ver en eso la justicia comunitaria. Preocupó en el siglo XIX a todos los penalistas y criminólogos europeos de su tiempo, que escribieron y denostaron por ello a las *multitudes*<sup>30</sup> y, en general, lo practicaron los civilizados. No estaba compuesta por indios la turba conservadora que en Quito arrancó del panóptico y linchó al líder liberal hace un siglo; tampoco lo eran los que asesinaron a los jueces de la Corte Suprema de Colombia hace algo más de veinte años. El linchamiento es una práctica de *civilizados*, lo que por supuesto no descarta que sea un crimen que eventualmente lo puedan cometer originarios, del mismo modo que pueden cometer cualquier otro delito y, lo cometa quien fuere, siempre será una aberración, una brutalidad incalificable, *pero no es ninguna sanción practicada por ninguna comunidad originaria* reportada como tal por ningún antropólogo ni por ningún testigo responsable, y en cualquier caso debe ser materia de pena formal.

El argumento del linchamiento pierde consistencia y sólo puede esgrimirse como un modo de infundir miedo en la población y de descalificar la iniciativa de reconocimiento penal del pluralismo cultural.

29 Sobre linchamientos en pleno siglo XX, después de finalizada la guerra 1914-1918: Ginzberg-Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1964, pp. 254 y ss.

30 Véase Gustavo Le Bon, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; del mismo autor, *Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954; Scipio Sighele, *I delitti della folla*, Torino, 1910; J. M. Ramos Mejía, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; en general sobre la criminalización de las multitudes y de sus líderes, Jaap Ginneken, *Folla, psicología e politica*, Roma, 1989.

## VI. Las disposiciones proyectadas\*\*

En base a las consideraciones antes señaladas y no habiendo disponibles modelos o textos señeros, la labor de proyectar disposiciones que provean el reconocimiento de la pluralidad cultural en campo penal debe ser creativa e imaginar sus posibles implicancias, procurando abrir camino en la materia, con conciencia de la importancia que esta tarea puede tener, no únicamente para Bolivia sino también para la región.

Por supuesto que existe una concepción antropológica básica que nutre todo el texto proyectado y que, por ende, también abarca las disposiciones referidas al pluralismo cultural: es *la idea del ser humano como persona*, dotada de autonomía moral, impuesta por el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que rechaza de plano toda discriminación jerarquizante de seres humanos.

El racismo positivista envenenó a tal punto la civilización industrial que culminó con el genocidio europeo del siglo XX. La ideología colonialista se enredó entre los dedos de los propios colonizadores y terminó en una catástrofe sin precedentes. El artículo primero de la Declaración de 1948 parece un inocente principio ético fuera de contexto histórico, pero en el contexto de su momento cultural, significó el compromiso de la comunidad de naciones para archivar definitivamente el racismo biologizante que había llevado a la masacre.

El positivismo criminológico, con su *peligrosismo* policial, no fue otra cosa que uno de sus capítulos. Cada vez que se invoca la expresión *peligrosidad* en el derecho penal, se está apelando a un concepto del ser humano como mera cosa o ente —no como persona— y, si queremos decirlo claramente y con todas las letras, se está volviendo al racismo genocida.

De allí que todo el texto proyectado se base sobre la idea del ser humano como persona, traducida al campo penal como derecho penal de culpabilidad y de acto, descartando toda posibilidad o brecha de derecho penal de peligrosidad y de autor.

\*\* Ver Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, realizado por la Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia.

En este entendimiento, el texto proyectado no define los límites del sistema comunitario, porque entendemos que éstos se establecen por sí mismos. Se planteó la cuestión de las personas pertenecientes a etnias originarias en medios urbanos, pero éstas no pueden ser derivadas a la justicia comunitaria sencillamente porque en los medios urbanos no existen las autoridades comunitarias y, por ende, falta quien haga efectiva esa justicia. Es elemental que la justicia comunitaria se aplica cuando hay una autoridad comunitaria, y este es el límite natural de su operatividad.

Esto no significa desconocer que en el medio urbano se puede establecer —y sería deseable— un sistema de solución de conflictos mediante una autoridad de menor cuantía, como pueden ser jueces de paz o de vecindad, con competencia para resolver restaurativamente los conflictos, aprovechando los valores culturales de las etnias originarias de pertenencia de las personas involucradas, pero esto no sería justicia comunitaria, sino justicia oficial impartida con aprovechamiento de esos valores.

En los principios señalados en el artículo 1º del texto proyectado, se incorporan dos disposiciones. Conforme a la primera<sup>31</sup> se establece que en caso de duda acerca de la competencia, ésta se resolverá a favor del sistema que *mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social*. Tenemos la certeza de que en la mayoría de los casos este sistema ha de ser el de la justicia comunitaria, pero no creemos conveniente establecer un *in dubio* en favor invariable de ésta, pues en casos concretos puede no resultar verdadero desde el punto de vista de la conveniencia social, que se fija como objetivo prioritario.

La segunda regla establecida en el artículo 1º<sup>32</sup> indica que para establecer la responsabilidad penal en cualquier caso deberán tomarse en cuenta *la cosmovisión y los valores culturales de los protagonistas del conflicto*. Esta regla se refiere a la justicia oficial y a la aplicación del código. La mayor parte de la población comparte valores de pueblos originarios y, por consiguiente,

31 “11º.- (*Pluriculturalidad*) Toda duda acerca de los límites de la competencia de la justicia comunitaria será decidida a favor de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo cultural y conserve o restablezca la paz social”.

32 “13º.- (*Valores culturales*) La responsabilidad penal en todos los casos se establece tomando en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los protagonistas del conflicto”.



debe imponerse a los magistrados la obligación de tomarlos en cuenta a la hora de establecer la responsabilidad y cuantificar la reacción punitiva del estado. Nadie puede juzgar el comportamiento de otra persona si no es capaz de colocarse en la situación del infractor para valorar su grado de malicia en cada caso y establecer la reprochabilidad y su cuantía.

Los artículos 11 al 14 del proyecto son los que ocupan el título segundo, o sea, los propiamente referidos a la justicia comunitaria, o sea, al sistema alternativo de resolución de conflictos. El artículo 11 establece la competencia de la justicia comunitaria. Su inciso primero<sup>33</sup> establece que la ley penal no se aplica a quienes viven en una comunidad cuando para su cultura el hecho no configure un delito. De cualquier modo y como garantía elemental, aunque no se hayan detectado casos, se exceptúan casos extremos referidos a bienes jurídicos fundamentales.

El inciso segundo se refiere a hechos que según la ley penal son delitos<sup>34</sup>, pero que son juzgados y sancionados por la justicia comunitaria como infracciones. Lo único que se exige como límite en este supuesto es que la sanción comunitaria no resulte insignificante cuando se trate de hechos contra bienes jurídicos fundamentales, considerando que la insignificancia de la reacción penal importa prácticamente una impunidad que, referida a esos bienes jurídicos, no debe ser tolerada.

El artículo 12 del texto proyectado se refiere a los casos de penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>35</sup>. No se incluyen aquí los casos de linchamiento, porque, como hemos dicho, no se trata de penas comunitarias y, en caso de producirse, quedan fuera del concepto mismo de justicia comunitaria.

33 "1º A hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana".

34 "2º A hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que ésta lo juzgue y sancione, salvo cuando, en hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, la sanción comunitaria sea notoriamente insignificante en relación a la gravedad del hecho".

35 "Artículo 12.- (*Penas crueles, inhumanas o degradantes*) Las penas que impongan las culturas originarias no serán crueles, inhumanas o degradantes. En caso de serlo y haberse ejecutado, el tribunal se limitará a comunicarlo al Poder Ejecutivo, a efectos de que adopte las medidas de política cultural que mejor convengan para evitar reiteraciones de tales penas en la comunidad".

ria y no sería más que un delito cometido por algunos miembros de la comunidad. La referencia está vinculada a algunas penas físicas. Si éstas han tenido lugar y la noticia llega a estrados judiciales, se establece que el tribunal comunique lo sucedido o la práctica al Poder Ejecutivo, para que éste instrumente los planes culturales tendentes a evitar estas penas en el futuro. No es admisible que en tales supuestos el derecho penal legal intervenga con su sistema de sanciones, porque destruiría la cultura comunitaria, que debe evolucionar, pero no ser desarticulada y, por ende, la única forma de conducir la evolución es un programa social y no la intervención penal.

Queda claramente establecido que cuando la pena se ha ejecutado, aunque sea cruel, inhumana o degradante y, por tanto, prohibida según derecho constitucional, lo cierto es que el infractor la ha sufrido y, por ende, no puede nunca imponérsele otra pena legal, porque se violaría la prohibición de doble punición.

El segundo párrafo del artículo 12 proyectado<sup>36</sup> tiene en cuenta que muchas de estas penas, por más que resulten constitucionalmente prohibidas, no son en realidad verdaderas torturas ni mucho menos, sino rituales de reincorporación a la comunidad, que tienen una importancia capital para el restablecimiento de la paz en su seno. Por tal razón, creemos que deben excluirse del concepto de pena cruel, inhumana o degradante, dado que no resulta serlo dentro del contexto cultural en el que tienen lugar. Lo que en una sociedad verticalizada o corporativizada — como la de la civilización industrial— importaría un sometimiento a la vergüenza pública restaurativo de la picota, *pelourinho* o *columna infame*, curiosamente recomendado en nuestros días (la famosa *shame* de algunos criminólogos recientes), en una comunidad en que las relaciones son mucho más complejas y horizontales y las personas mucho menos intercambiables y más individualizadas, la exhibición pública de la penalidad suele asumir la forma de una *limpieza* de la persona, que de ese modo vuelve a su seno sin mácula.

36 “No se considerarán penas crueles, inhumanas o degradantes las que cumplan la función de ritual de reincorporación a la comunidad y tampoco las que importen para el infractor un sufrimiento, lesión o privación menor que el que le significaría la pena de este Código”.

El artículo 13 proyectado<sup>37</sup> insiste en la prohibición de doble punición, no sólo cuando la pena comunitaria se haya ejecutado, sino incluso en el caso en que resulte inevitable en el futuro, pues se sabe que cuando la persona retorna a la comunidad inexorablemente le será aplicada. En tales supuestos el tribunal prescindirá de pena y dejará que opere sólo la justicia comunitaria, salvo el supuesto de pena comunitaria exigua, en cuyo caso descontará ésta de la que le imponga.

Por último en el artículo 14<sup>38</sup> se prevé el supuesto de infracciones al derecho comunitario que no constituyen delitos para la ley penal. Del mismo modo, se reconoce la competencia de las comunidades originarias para sancionarlas, con los consabidos límites constitucionales, o sea, cuando no importan discriminaciones intolerables, lo que por regla no aparecen registradas por los antropólogos.

Fuera de las disposiciones referidas a la justicia comunitaria hay otras proyectadas que interesan al reconocimiento del pluralismo cultural.

El artículo 19 proyectado se refiere al error y mantiene en general el texto vigente. No obstante, en cuanto al error de tipo, se ha intercalado un segundo párrafo<sup>39</sup> referido al *error de tipo culturalmente condicionado*. Tenemos especialmente en vista que una cultura originaria puede tener una idea diferente de la causalidad, por ejemplo y, por ende, lo que para nosotros sería una agresión o una lesión, para las personas que comparten esa visión puede ser un tratamiento curativo.

A continuación del error de prohibición propiamente dicho, en el mismo dispositivo, se prevé el *error de comprensión*<sup>40</sup>. La comprensión de la crimi-

37 "Artículo 13.- (*Prohibición de doble punición*) En cualquier caso, cuando se haya ejecutado una pena impuesta por una comunidad perteneciente a una cultura originaria o sea inevitable que la persona la sufra en el futuro, el tribunal no impondrá la pena prevista en la ley penal. Si la pena ejecutada o inevitable fuese notoriamente exigua, el tribunal impondrá una pena atenuada tomando en cuenta la sanción sufrida o inevitable".

38 "Artículo 14.- (*Hechos no punibles conforme a este Código*) Las comunidades pertenecientes a culturas originarias podrán sancionar como infracciones conductas no contempladas en la ley penal, siempre que las prohibiciones no sean discriminatorias o afecten la dignidad de la persona y las sanciones no son crueles, inhumanas o degradantes".

39 "Tratándose de personas pertenecientes a culturas originarias, el tribunal tendrá especialmente en cuenta los condicionamientos culturales que impidan o dificulten el reconocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal".

40 (*Error de comprensión*) También se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta

nalidad no es la adquisición de un mero conocimiento. Todos podemos conocer valores de otras culturas, incluso exóticas, pero eso no importa comprensión. Se exige la comprensión cuando hay efectiva posibilidad de comprensión por parte de la persona, lo que implica que la persona haya tenido la posibilidad de incorporar el valor a su equipo psicológico como rector de su conducta, es decir que le haya sido posible internalizar o introyectar el desvalor jurídico. Hay casos en que la persona conoce el desvalor, pero no puede proceder a su introyección. Esto sucede cuando se trata de un ser humano que padece una gravísima atrofia de la esfera afectiva o emocional, como son las personalidades psicopáticas, en cuyo caso hay una severa dificultad de internalización de cualquier valor. Pero otro supuesto tiene lugar cuando existe todo un marco cultural (normativo) introyectado, al cual le resulta repugnante o intolerable el valor de la otra cultura. Si cualquiera de nosotros cae en una tribu antropófaga, no nos sería exigible que incorporemos el desvalor de negarnos a comer carne humana, por mucho que eso sea una terrible ofensa para esa cultura. Del mismo modo, puede resultar inaceptable para una persona de una cultura originaria nuestro ritual y práctica funeraria, en cuyo caso no se le podría reprochar que procediese con el cadáver de su pariente de acuerdo con la suya propia, por mucho que violase normas consideradas de seguridad higiénica o pública por nosotros.

El inciso 4º del artículo 62<sup>41</sup>, que establece en general los criterios para la cuantificación de la penalidad, en consonancia con el inciso 4º del artículo 1º<sup>42</sup>, hace una clara referencia a la co-culpabilidad. Ninguna sociedad otorga ni ha otorgado jamás a sus habitantes los mismos espacios sociales, y mucho menos en las sociedades sumamente estratificadas como son las nuestras. Por consiguiente, es importante que siempre que haya que cuantificar la pena y,

---

a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme al grado de exigencia que podría formularse”.

- 41 “4º Las circunstancias que concurren en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. En particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar”.
- 42 “4º.- (*Culpabilidad y co-culpabilidad*) No hay pena sin culpabilidad y en la medida de ésta. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Para determinar el reproche de culpabilidad se tendrán en cuenta también las posibilidades reales que la sociedad haya ofrecido al infractor para comportarse de otra manera”.

por ende, el reproche personalizado que se traduce en su cuantía, cargue la sociedad con la parte que le corresponde por no haberle proporcionado mayor espacio social al infractor, o bien, que éste cargue con mayor reproche por haber sido beneficiado con un mayor espacio. Los grupos de riesgo existen en todas las sociedades y es deber de la autoridad ocuparse de ellos disminuyendo los factores de riesgo que provengan de privaciones o carencias alimentarias, sanitarias, educativas, etc. En la medida en que esto no se ha hecho, no se pueden cargar al reproche del infractor del mismo modo en que se lo haría respecto de otro habitante que no hubiese sufrido esas circunstancias.

Por último, en los casos de delitos que son declarados casos de particular gravedad y que merecen especial atención en razón de los bienes jurídicos lesionados y del modo en que lo han sido, se abre una participación de la comunidad, pertenezca ésta a la cultura que sea, remedando el origen del jurado popular, que comenzó siendo un grupo vecinal consejero del juzgador. Así, el artículo 87 proyectado dispone que el tribunal no tomará ninguna medida de determinación de la pena ni en el curso de su ejecución (sustitución de penas), sin antes consultar a cinco ciudadanos del lugar de comisión del hecho o del domicilio del infractor, o de ambos, tomados al azar del padrón electoral<sup>43</sup>. De esta forma, se aporta una opinión valiosa al tribunal en cuanto al efecto que sus decisiones tengan para el restablecimiento o conservación de la paz social.

Creemos de esta manera haber dado una amplia relevancia al pluralismo cultural en el texto proyectado. No obstante, dado que no existen antecedentes rectores en la legislación comparada de la región, señalamos la conveniencia de la difusión amplia de este texto para su discusión. Seguramente de la propia comunidad surgirán iniciativas que sirven para mejorar y enriquecer lo proyectado.

---

43 “El tribunal también oír en forma personal y directa, en audiencia privada y secreta, a cinco ciudadanos de la comunidad, pueblo, municipio o vecindad del domicilio del condenado y del lugar donde se hubiese cometido el delito o de ambos, sorteados del padrón electoral”.

## VII. Bibliografía

- Black, Edwin, *War against the weak. Eugenics and America's campaign to create a master race*, New York, 2003.
- Brookfield, F. M. (Jock), *Waitangi and Indigenous Rights*, Auckland University Press, 1999.
- Bunge, Carlos Octavio, *Nuestra América, Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903.
- Calasso, Francesco, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954.
- Conrad, Joseph, *Heart of Darkness*, Firenze, 2005.
- Da Cunha Gonçalves, Luís, *Direito Hindú e Mahometano. Comentário ao Decreto de 16 de Dezembro de 1880 que ressalvou os usos e costumes dos habitantes nao cristãos di distrito de Goa na Índia Portuguesa*, Coimbra, 1923.
- De Medina y Ormaechea, Antonio A., *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899.
- Dic, Daniel, *Volti della degenerazione: una síndrome europea 1848-1918*, Firenze, 1999.
- Ginneken, Jaap, *Folla, psicología e politica*, Roma, 1989.
- Ginzberg-Eichner, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1964.
- Hegel, Georg Wilhelm, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 1980.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan, edited with an Introduction by C. B. Macpherson*, London, 1985.
- Jakobs, G., Norm, *Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1999.
- Knisely Huggins, Martha, *From Slavery to Vagrancy in Brasil. Crime and Social Control in the Third World*, New Jersey, 1985.
- Le Bon, Gustavo, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912
- , *Psicología das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954.
- , *Scipio Sighele, I delitti della folla*, Torino, 1910.
- Lombroso, Cesare, *L'uomo delinquente*, 3ª ed., Torino, 1884.
- Meredith, Martin, *The State of Africa, A History of Fifty Years of Independence*, London, 2006.
- Minguijón, Adrián, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1933.

- Morrison, Wayne, *Criminology, Civilization and the New World Order*, London, 2006.
- Nina Rodríguez, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahia, 1894.
- Ramos Mejía, J. M., *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912.
- Ricciardi von Platen, Alice, *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*, Firenze, 2000.
- Serrano Gómez, Alfonso, *Historia de la Criminología en España*, Madrid, 2007.
- Vela, David, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, en “Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales”, año I, nº 0, 1991.

II

Pluralismo jurídico y  
justicia intercultural

---



# La jurisdicción especial indígena<sup>1</sup>

Esther Sánchez Botero\*

Isabel Cristina Jaramillo\*\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Los derechos diferenciados de grupo. 2.1. Los derechos subjetivos dentro de la tradición liberal clásica. 2.2. Los derechos subjetivos dentro de la tradición republicana (conservadora). 2.3. Las críticas a las tradiciones liberal y conservadora, y los derechos diferenciados de grupo. 2.4. El concepto de diferencia y los derechos diferenciados de grupo. III. Los derechos de los pueblos indígenas. 3.1. La diferencia que reclaman y que se les reconoce a los pueblos indígenas. 3.2. Los derechos de grupo de los pueblos indígenas en el contexto internacional. 3.3. Los derechos diferenciados de grupo y los derechos individuales de sus miembros. IV. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución colombiana de 1991. 4.1. Los derechos de grupo de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 4.2. La jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991. 4.3. El derecho a administrar justicia como un derecho de los pueblos indígenas. 4.4. La consagración de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991. V. La juris-

---

1 El presente ensayo corresponde a un extracto del Libro *Jurisdicción Especial Indígena*, Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2001.

\* Antropóloga de la Universidad de los Andes, Diplomada en Hermenéutica Jurídica de la Universidad del Rosario, y Doctora en Derecho de la Universidad de Amsterdam, Holanda.

\*\* Doctora en Derecho, Harvard Law School, Cambridge – Massachusetts, Master en Derecho, Harvard Law School, Cambridge – Massachusetts y Abogada, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

dicción especial indígena como derecho de los pueblos indígenas en Colombia. 5.1. Alcances y límites de la jurisdicción especial indígena. VI. La conciencia étnica como factor que determina la jurisdicción. 6.1. Restricciones a la *iudicium*. 6.2. El *imperium*. VII. Bibliografía.

---

## I. Introducción

La intención de este capítulo es presentar la jurisdicción indígena desde el punto de vista jurídico. La idea básica que se analiza en el capítulo consiste en que la jurisdicción especial indígena que consagra la Constitución colombiana debe ser entendida como un derecho de los pueblos indígenas en Colombia a administrar justicia. Pensamos que para lograr una adecuada comprensión de esta idea, es importante empezar por explicar cuáles son los derechos diferenciados de grupo y cuál es el marco teórico en el que aparecen. A este tema dedicaremos el primer apartado. Luego, expondremos cuáles son los derechos de grupo que deben ser reconocidos a los pueblos indígenas, partiendo de la comprensión de la diferencia de estos grupos y que ellos mismos reivindican. Con estos elementos, pasaremos a hacer un breve estudio de los derechos de grupo reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991, explicando que si bien la Constitución no adoptó esta categoría jurídica, la interpretación de la Corte Constitucional ha señalado la importancia de hacerlo y la ha integrado efectivamente en su comprensión del asunto. En el cuarto apartado presentaremos los elementos de la jurisdicción especial indígena, entendida como un derecho de los pueblos indígenas en Colombia, y señalaremos sus alcances y límites. Finalmente, pondremos a consideración de los lectores algunas inquietudes e interrogantes en torno a cómo se comprende actualmente el derecho, planteando nuestras propias alternativas interpretativas.

## II. Los derechos diferenciados de grupo

Como bien lo sabe todo abogado, la noción jurídica del derecho subjetivo tiene un correlato necesario en la noción de sujeto de derecho. Dos discusiones clásicas en este sentido son la del aborto y la de los derechos de las personas jurídicas: ¿Es el fruto de la concepción un sujeto de derecho y, por tanto, titular del derecho a la vida? ¿Tienen las personas jurídicas, en tanto sujetos de derecho, derecho a la vida, al trabajo o al buen nombre? Las preguntas de fondo que plantean estas discusiones son: ¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Qué derechos tienen los sujetos de derecho? ¿Deben ser estos derechos diferentes de acuerdo con el tipo de sujetos de derecho de que se trate?

Las respuestas a esas interrogantes son variadas porque dependen de la teoría del derecho que cada intérprete acoja. No nos interesa explorar aquí las distintas alternativas, sino poner de presente que, al consagrar derechos, el ordenamiento jurídico supone la existencia de un sujeto de derecho que es el titular de tales derechos creados y tiene en cuenta las características de la realidad a la que confiere el estatus de sujeto de derecho al momento de decidir cuáles derechos debe concederle. Así, de las preguntas jurídicas pasamos a las preguntas políticas: ¿Quiénes deben ser considerados sujetos de derecho? ¿Qué derechos deben tener los sujetos de derecho, si se tienen en cuenta las particularidades de la realidad constituida como sujeto de derecho?

Las respuestas a esos interrogantes son también variadas. Dependen de la teoría política en la que el intérprete se ubique y de la antropología filosófica que la sustente. Para entender el contexto en el que surgen los derechos diferenciados de grupo, contexto que es vital para su adecuada comprensión, es importante revisar las respuestas que plantean las dos principales tradiciones filosófico-políticas: la liberal y la republicana (o conservadora).

### 2.1. Los derechos subjetivos dentro de la tradición liberal clásica

La tradición liberal se funda en una imagen del ser humano como ser racional y por ende, digno y dotado para la libertad, capaz de decidir su propio futuro de acuerdo con los mandatos de su facultad intelectual. Esta cualidad de la racionalidad se concibe como algo exclusivo del ser humano, que no poseen otros seres vivos y no depende de las circunstancias materiales en las

que se desenvuelven los individuos concretos. Sobre la base de esta visión se llega a la conclusión lógica de que los sujetos de derecho por excelencia deben ser los seres humanos, esto es, los seres racionales, y se definen como derechos de estos sujetos el de la igualdad y la libertad. Si *cada* individuo humano está dotado de razón y *todo* individuo humano está dotado de razón, entonces todos y cada uno de los individuos merecen un trato igual correspondiente a su igual dignidad. Si, por otra parte, en tanto racionales los seres humanos están dotados para la libertad, deben ser tratados de tal manera que su libertad se vea garantizada, para poder decidir cuál es la vida que quieren llevar<sup>2</sup>.

## **2.2. Los derechos subjetivos dentro de la tradición republicana (conservadora)**

La tradición republicana, por el contrario, parte de la visión del ser humano como ser eminentemente social y de la prevalencia de la comunidad o del grupo sobre el individuo. No niega el atributo de la racionalidad, pero considera que no todos los seres humanos están igualmente dotados. Reconoce, además, otras cualidades del ser humano como propias de él e importantes para la vida en comunidad, como la valentía o la piedad. Cada ser humano, entonces, debe ocupar el lugar que le corresponde; más que derechos, los individuos tienen deberes. Es la comunidad la que tiene derechos, como el verdadero sujeto de derecho<sup>3</sup>.

## **2.3. Las críticas a las tradiciones liberal y conservadora, y los derechos diferenciados de grupo**

Los derechos diferenciados de grupo aparecen dentro del panorama de este debate a partir de varias críticas a cada una de las tradiciones que brevemente

---

2 Dentro de los teóricos clásicos del liberalismo se destacan Kant (*Crítica de la razón práctica y Fundamentación de la metafísica de las costumbres*) y John Stuart Mill (*On Liberty*). En el debate contemporáneo, la posición liberal encuentra su mejor defensor en John Rawls (*A Theory of Justice y Political Liberalism*).

3 Los fundamentos de la posición conservadora fueron esbozados por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* y su *Política*.

se han presentado. La primera de estas críticas se dirige contra la idea del ser humano abstracto y aislado en la que se basa el liberalismo. La experiencia de los seres humanos, alegan los críticos, debe ser tenida en cuenta. Lo que muestra esta experiencia es que los seres humanos no sólo viven en grupos, sino que dan sentido a sus vidas, toman decisiones sobre cuál es la mejor vida, dentro de ese contexto. Las particularidades del grupo en que cada uno vive se revelan, de esta manera, como importantes para el individuo y para su preservación como valor.

La segunda crítica señala que la idea de razón defendida por el liberalismo y el tipo de teoría política a la que conduce se refiere a la particularidad de un grupo, el de los liberales occidentales, y que *a priori* no es la única tradición aceptable. Las formas de vida, las visiones de mundo, las racionalidades de otros grupos tienen también un valor. Por esta razón, no pueden simplemente ser silenciadas, fulminadas, desaparecidas.

Los críticos recogen, de este modo, algunas propuestas republicanas. Sin embargo, tampoco se alinean con el republicanismo. Creen que definitivamente los valores de la igualdad y la libertad deben ser defendidos, pero que también deben ser radicalizados atendiendo a lo “cultural”<sup>4</sup>. En la radicalización de la comprensión de la igualdad y la libertad como valores aparecen los derechos diferenciados de grupo<sup>5</sup>. Esta noción implica, en primer lugar, que los grupos que comparten una experiencia particular, unas tradiciones, una visión del mundo, una cierta racionalidad, son entendidos como sujetos de derecho. Y, en segundo lugar, en tanto que sujetos de derecho se hacen

---

4 Dentro del debate contemporáneo, las críticas que se han esbozado se atribuyen a la corriente de pensamiento comunitarista. Si bien la idea de los derechos diferenciados de grupo sólo es admisible dentro de una perspectiva comunitarista liberal, cuyos lineamientos hemos expuesto, algunos comunitaristas se presentan como conservadores. Lo característico de la posición comunitarista conservadora es la prevalencia que se le da a la comunidad sobre el individuo y el rechazo a la preeminencia de valores como la libertad y la igualdad. Dentro de los comunitaristas liberales se destacan autores como Charles Taylor (*Ética de la autenticidad* y “*La política del reconocimiento*” en *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*), Richard Rorty (*Contingencia, ironía y solidaridad*), Joseph Raz (*The Morality of Freedom*) y Will Kymlicka (*Ciudadanía multicultural*). El principal comunitarista conservador es Alisdair MacIntyre (*Tras la Virtud*).

5 La introducción del concepto de derechos diferenciados de grupo en el debate se atribuye a Will Kymlicka (*Ciudadanía Multicultural*).

acreedores a los derechos básicos de igualdad y libertad. En su caso, no obstante, la igualdad implica un tratamiento acorde con la diferencia que revela el grupo cuando se le pone en relación con otro.

### 2.3. El concepto de diferencia y los derechos diferenciados de grupo

La diferencia, así como la igualdad, es un concepto relacional. Esto es, se requiere contar por lo menos con dos objetos, situaciones o personas, para poder afirmar su diferencia o igualdad. También precisa algún parámetro a la luz del cual se evalúen las características de los términos de la relación, para concluir si son diferentes o iguales. Un ejemplo podría ser útil para ilustrar esta idea. Supongamos que se quieren comparar una pera y una manzana. En principio, diríamos que son diferentes. Pero, si observamos con cuidado, cuando decimos esto hemos usado algunos parámetros comunes, implícitos: su sabor es diferente, su olor es diferente, su forma es diferente. Si usáramos otros parámetros, podríamos llegar a la conclusión de que son iguales: ambas son frutas, ambas son comestibles, ambas contienen mucha azúcar. Aplicando este criterio a una comparación entre las personas, suponiendo que contáramos con un grupo de personas provenientes del sur de África y con otro del norte del mismo continente, y nos preguntáramos si son iguales o diferentes. La mayoría de nosotros contestaría que son diferentes al usar un parámetro implícito y generalizado: el del color de su piel. Sin embargo, si usáramos otros parámetros concluiríamos que son iguales: los individuos de ambos grupos provienen del mismo continente y son seres humanos.

Entonces, el que consideremos que dos grupos de personas son diferentes, no es más que el resultado de privilegiar en nuestras prácticas sociales un parámetro de comparación que lleva a concluir la diferencia y no parámetros que lleven a concluir la igualdad. La diferencia entre grupos es el producto de nuestras prácticas sociales: construimos primero los grupos y luego escogemos parámetros que nos hacen diferentes o iguales como grupos.

La categoría de los pueblos indígenas, en este sentido, no existe como tal. Antes de la conquista, las personas que habitaban el continente no se consideraban un grupo diferente con respecto a los europeos, a quienes entre otras cosas no conocían. Con seguridad, entre ellos había diferencias construidas de acuerdo con los usos lingüísticos, el lugar de origen o algunos rasgos fisi-

cos, pero su diferencia como grupo total no se había construido. Esta categoría de los pueblos indígenas existe precisamente porque en el encuentro de los dos grupos humanos unos se identificaron como un grupo —conquistadores— y los otros fueron identificados como otro grupo —conquistados—, y porque en el encuentro entre unos y otros los parámetros de comparación utilizados llevaron a la consideración de que eran diferentes.

Sin embargo, el que la diferencia entre personas y grupos humanos sea construida como las demás, no debe entenderse como un argumento en contra de la vigencia de la diferencia. Las diferencias existen en nuestras relaciones sociales, en la manera como pensamos el mundo, y muchas veces no sólo son vigentes sino que las consideramos importantes y queremos mantenerlas. El entender la diferencia como construida nos permite comprender que las percepciones de la diferencia pueden ser variadas, a fin de poner en evidencia sus implicaciones en el ámbito político. Al introducir la dimensión política en la comprensión de la diferencia, inmediatamente surgen preguntas como: ¿Quién construye la diferencia? ¿Quién tiene mayor poder o quién no lo tiene? ¿Con qué propósitos se construye: para reforzar la dominación o la emancipación?

A la luz de estas consideraciones, podemos retomar con mayor claridad el tema de los derechos diferenciados de grupo. Habíamos dicho ya que se trata de derechos que se conceden a grupos de personas. Se conceden porque se considera que estos grupos de personas son diferentes y porque ellos mismos reclaman seguir siendo diferentes. Encuentran un valor en su diferencia y se encuentra un valor en su diferencia. Esto, claro, todavía es muy vago. Quedan preguntas abiertas como ¿Cuáles son los grupos a los que en justicia deben atribuirse derechos? ¿Quién decide cuáles son estos grupos? De lo expresado anteriormente se desprenden dos directrices generales. La primera consiste en que deben atribuirse derechos a los grupos cuya diferencia se muestre como valiosa. Y la segunda, que deben atribuirse derechos a los grupos que reivindiquen el ser diferentes.

Un caso que se ajusta sin problemas a estas exigencias es el de los pueblos indígenas; en ellos existe un acuerdo general en torno al valor de sus formas de vida tradicionales y son ellos mismos, a través de sus movimientos y en sus interacciones con el Estado y otros grupos, los que han reclamado un tratamiento diferente. Otros casos como el de las mujeres, las negritudes,

los grupos guerrilleros, etc., no son fáciles. Sin embargo, como el propósito último de este trabajo se relaciona con la problemática de los pueblos indígenas, no ahondaremos en la discusión de estos casos difíciles.

### **III. Los derechos de los pueblos indígenas**

#### **3.1. La diferencia que reclaman y que se les reconoce a los pueblos indígenas**

Los pueblos indígenas, como se anotó anteriormente, constituyen un caso claro de aplicación de la teoría de los derechos de grupos: constituyen grupos que han reclamado un reconocimiento de su diferencia y esta diferencia es reconocida, a su vez, como valiosa. El asunto que queda por resolver remite a cuáles son los derechos que se les deben conceder en justicia, atendiendo a sus realidades. Para esto, nuevamente hay que tener en cuenta cómo se ha construido la diferencia, poniendo atención, sobre todo, a cómo perciben los pueblos indígenas su diferencia.

Empecemos por recordar que la noción de “indios” aparece cuando al llegar los conquistadores a tierras americanas se encuentran con nativos cuyo origen atribuyen a las “Indias”. Este término fue luego reemplazado por el de “indígena” para distinguir a los nativos del Nuevo Mundo de los que habitaban la India. Actualmente, esta palabra se utiliza para designar a los miembros de pueblos aborígenes en todo el mundo.

La introducción de la denominación “pueblo indígena” ha sido más reciente. Parte de la consideración de que muchos descendientes de las culturas que habitaban los territorios invadidos, a pesar de la crueldad de estas invasiones y de sus efectos devastadores sobre los habitantes del territorio invadido, aún se encuentran agrupados en comunidades con formas de vida propias que guardan relación con sus prácticas ancestrales. Estas comunidades se caracterizan porque generalmente se encuentran ubicadas en un territorio definido, que no siempre coincide con el territorio ancestral, con creencias, prácticas sociales, formas de gobierno, de resolución de conflictos y de socialización que obedecen a características propias. Su situación es particular, además, porque a pesar de que reúnen las condiciones para confor-



mar estados independientes, no lo son. Es precisamente esta la razón que lleva a la consideración de cuáles han de ser sus derechos dentro del Estado del que hacen parte.

Recogiendo estos elementos, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia e integrado a la legislación nacional mediante la Ley 21 de 1991, define como pueblos indígenas y tribales aquellos:

(a) (...) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por completo o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales.

(b) (...) que son considerados como indígenas por ser descendientes de poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que el país pertenece, en el momento de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, sin importar su status legal, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas” (art. 1, numeral 1)<sup>6</sup>.

El proyecto de Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>7</sup>, también recoge estos elementos cuando en su Art. 1 define los pueblos indígenas manifestando:

1. En esta declaración los pueblos indígenas son aquellos que incorporan una continuidad histórica con sociedades que existieron antes de la conquista y establecimiento de los europeos en sus territorios. (alternativa 1) [así como los pueblos traídos involuntariamente al Nuevo Mundo, se liberaron y reestablecieron las culturas de las que habían sido arrancados]. (alternativa 2) [así como

6 Convención No. 169, “*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1989. Entró en vigor en septiembre de 1991 [citada en adelante como Convenio 169].

7 Proyecto de “*Declaración Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas*”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 1278, de 1995, publicado como O.A.S. Doc. OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (1995) [en adelante citado como Proyecto Interamericano].

los pueblos tribales que por sus condiciones sociales, culturales y económicas se distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales].

2. El que un grupo se identifique a sí mismo como indígena o tribal debe ser considerado un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se les aplican las disposiciones de esta Declaración.

Estos elementos de la diferencia han sido, así mismo, reivindicados por los pueblos considerados indígenas y que se consideran a sí mismos indígenas, como se pone de manifiesto en las declaraciones que se presentan a continuación:

*Pronunciamiento [del Pueblo Cofán]. Jardines de Sucumbíos, 1998:*

(...) Nos pronunciamos ante los estados colombo-ecuatoriano y ante la sociedad nacional e internacional, de nuestra existencia, como un solo pueblo unido, con su cultura y territorio ancestral, bajo el principio divino de ciencia y sabiduría, que dios nos ha dejado, a través de la planta sagrada del yajé.

No queremos más atropellos, pedimos el respeto por nuestra existencia, nuestros territorios ancestrales, por nuestra cultura, nuestra ciencia y la manera de subsistir<sup>8</sup>.

*Pueblo Iku (Arhuaco). Nabusímaque, 1991:*

Los indígenas Iku tenemos nuestro propio origen, cada pueblo tiene su origen y por esto también su propia ley de origen que lo mantiene, tan sólo en el cumplir y mantenerse en su ley un pueblo se desarrolla y perdura en el espacio y el tiempo que le correspondan a su historia (...)⁹.

*Pueblos Uukuna, Matapi, Makuna, Karijona, Letuama, Tanimuka, Miraña, Bora, Andoke, Muinane y Nonuya: Mensaje de Capitanes indígenas del Amazonas (...), 1992:*

Los distintos grupos étnicos y tribales del Amazonas compartimos un mismo sentimiento sobre la naturaleza. Nuestro pensamiento tradicional rela-

8 Vásquez Luna, Miguel y otros (comps.), *Derechos de los Pueblos Indígenas de Colombia*, Ministerio de Interior, Bogotá, Colombia, 1998, tomo II, p. 646.

9 *Ibid.*, p. 659.

ciona la vida diaria con la Tierra y con todos los seres materiales y espirituales que viven en ella (...).

Estamos hablando de un conocimiento muy grande que viene en nuestros mitos, cantos, bailes y curaciones, en la historia que contamos y en la práctica del trabajo<sup>10</sup>.

### 3.2. Los derechos de grupo de los pueblos indígenas en el contexto internacional

A partir de esta construcción de la diferencia, se define como principal derecho de los pueblos indígenas el de la autonomía o libertad. La autonomía, en este caso, implica que el grupo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas (libertad en sentido positivo) y que no debe haber intervenciones en la toma de decisiones (libertad en sentido negativo).

Los aspectos sobre los cuales los pueblos indígenas deben tener derecho a tomar decisiones son básicamente los siguientes:

1. ¿Si el grupo es o no un pueblo indígena?
2. ¿Quiénes son los miembros del pueblo?
3. ¿En cuál territorio se asentarán?
4. ¿Cómo será gobernado el pueblo y cuáles serán las normas que regirán la vida en comunidad?
5. ¿Cuál es su lengua?
6. ¿Cuáles serán sus creencias?

Estas posibilidades conforman, a su vez, cuatro derechos básicos de los pueblos:

- El derecho a la autoafirmación, es decir, el derecho que tiene el pueblo a proclamarse como tal.
- El derecho de autodefinición, que se refiere a las posibilidades que tiene el pueblo de decidir quiénes serán miembros y quiénes no lo

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 644.

serán. Se incluye en este aspecto, entonces, la determinación sobre la asimilación de extranjeros a su territorio, caso en el cual se entiende que el pueblo tiene derechos similares a los de los Estados sobre la permanencia de sus miembros en la comunidad, caso que se analiza teniendo en cuenta el elemento subjetivo de la conciencia étnica. Aquí se supone la libertad de los miembros para elegir la cultura a la que desean pertenecer, pero se impone la responsabilidad de asumir las consecuencias de haber decidido compartir la cultura del grupo dominante.

- El derecho de autodelimitación, por el que el pueblo puede decidir los límites del espacio territorial que va a ocupar o, por lo menos, influir en esta decisión.
- El derecho de autodisposición, que habilita al pueblo para definir las instituciones políticas y jurídicas que van a regir las relaciones entre los miembros del grupo. En su aspecto externo, hace referencia al poder de determinar su propio estatus frente a otros grupos políticos<sup>11</sup>.

Estos derechos se complementan, así mismo, con derechos más concretos relacionados con cada uno de los aspectos culturales que buscan protección. Un listado bastante completo de estos derechos, si no exhaustivo, es el siguiente<sup>12</sup>:

- Derecho a su cultura material (a los sitios arqueológicos, históricos y sagrados, artefactos, diseños, tecnología y trabajos de arte de su cultura).

11 Obieta Chalbaud, José A. de, *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 43.

12 Este listado es un resumen de lo previsto en las siguientes declaraciones y proyectos de convenios internacionales: *Declaración de principios de derechos indígenas*, adoptado por la Cuarta Asamblea General del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, Panamá, septiembre 1984, publicado como U.N. Doc. E/CN.4/1985/22, Anexo 2 (1985) [en adelante citado como Declaración 1]; *Declaración de principios sobre los derechos de los pueblos indígenas*, adoptado por representantes de los pueblos indígenas y de organizaciones indígenas en Ginebra, julio 1985, ratificado en 1987, publicado como U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/22, Anexo 5, 1987 [en adelante citada como Declaración 2];

- Derecho a recibir educación en su propia lengua y a fundar instituciones educativas.
- Derecho a que su lengua sea respetada en las transacciones entre los pueblos indígenas y el Estado.
- Derecho a practicar sus propias religiones.
- Derecho a utilizar su propia medicina tradicional.
- Derecho a ser propietarias, a controlar y usar las tierras que ocupan.
- Derecho a ser consultados sobre el uso de los recursos naturales ubicados en su territorio.
- Derecho a determinar sus prioridades y estrategias de desarrollo.
- Derecho a gobernarse según sus costumbres.
- Derecho a crear normas jurídicas y a implementarlas.

Dentro de las condiciones para el desarrollo de estos derechos, por otra parte, las más importantes son las que se refieren al reconocimiento de la propiedad del pueblo indígena sobre la tierra en la que se encuentra ubicado y la no intervención en la toma de decisiones. Esta abstención de intervención que se le exige al Estado en el que se encuentra ubicado el pueblo indígena, sin embargo, debe definirse cuidadosamente.

En primer lugar, porque los pueblos indígenas, como parte de un Estado nacional, deben aceptar limitaciones en su autonomía que se derivan del hecho de ser parte de este Estado, así como el Estado nacional ha cedido parte de su autonomía al conceder derechos a los pueblos indígenas. Una de las principales limitaciones propuestas y acogidas alude al respeto de los derechos humanos fundamentales dentro de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, porque fácilmente esta exigencia de no intervención puede convertirse en una invitación a la protección paternalista. En este sen-

---

*Declaración de San José*, adoptada por la UNESCO en la reunión de expertos en Etno-desarrollo y Etnocidio en América Latina, dic. de 1981, publicada como UNESCO Doc. FS 82/WF.32 (1982) [en adelante citada como Declaración 3]; *Convenio 169*; *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, adoptada por la Subcomisión de prevención contra la discriminación y protección de las minorías de las Naciones Unidas, por la resolución 1994/45 de 1994, publicada como U.N. Doc. E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub.2/1994/56 [en adelante citado como Proyecto Naciones Unidas], *Proyecto Interamericano*.

tido debe anotarse que la definición de lo que es intervención debe tener en cuenta los deseos de los mismos pueblos indígenas. No sería razonable, por ejemplo, que so pretexto de acatar el imperativo de la no intervención, se negara a un pueblo el contar con luz eléctrica o agua potable. Si bien es cierto que algunos pueblos no desean contar con estos servicios, otros pueden quererlos. Negárselos a los que lo quieren no sería un acto de respeto a la autonomía del pueblo, sino precisamente lo contrario, una intervención en su decisión de acceder a estos servicios.

En tanto que son grupos humanos, los pueblos indígenas cambian, muchas veces por la acción de factores que no dependen de su voluntad, pero otras, porque ellos mismos lo desean. Este deseo de cambio no puede ser desconocido con la excusa de que los derechos se conceden precisamente porque se trata de grupos que conservan prácticas ancestrales y se constituyen así en recuerdos históricos de pasados gloriosos, o no tan gloriosos.

### **3.3. Los derechos diferenciados de grupo y los derechos individuales de sus miembros**

Para terminar, es importante destacar la relación entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las personas que pertenecen a estos pueblos. Puesto que los pueblos indígenas hacen parte de Estados independientes y no son ellos mismos Estados independientes, es importante para los miembros de los pueblos indígenas ser nacionales de los Estados en los que habitan. Como ciudadanos de estos Estados merecen ser tratados con igual consideración. Este tratamiento justo implica, por una parte, el reconocimiento a sus pueblos de derechos diferenciados de grupo. Por otra, el reconocimiento a los individuos, en tanto individuos, de los derechos que se conceden a los demás ciudadanos. En particular, es importante la garantía de la no discriminación por su pertenencia a grupos indígenas<sup>13</sup>.

---

13 Este derecho también ha sido incluido en la mayoría de las declaraciones y proyectos de declaraciones internacionales mencionados. Véanse, entre otros, los Arts. 8 Nos. 3 y 20, No. 3 del Convenio 169, el Art. 2 del Proyecto de las Naciones Unidas y el Art. 6 del Proyecto Interamericano.

Estos dos conjuntos de derechos, los diferenciados de grupo y los individuales, pueden, sin embargo, entrar en contradicción. Los derechos individuales, nacidos dentro de la tradición liberal occidental, no necesariamente hacen parte de las cosmovisiones de los grupos indígenas. El despliegue de la autonomía de cada pueblo indígena puede implicar la violación de los derechos individuales de sus miembros. ¿Cuál derecho debe prevalecer entonces: el derecho del grupo o el derecho del individuo miembro del grupo? La respuesta no es fácil. Si se hace prevalecer el derecho del individuo, se está exigiendo que el grupo adopte los valores de la tradición liberal y con ellos una forma distinta de ver el mundo, lo que es contrario a la filosofía que inspira los derechos de grupo, v. gr. la que sostiene que cosmovisiones distintas de la liberal también son valiosas. Si se hace prevalecer el derecho del grupo, por otra parte, se deja al individuo que hace parte del grupo sin ninguna protección del Estado al que pertenece. La mejor alternativa frente a esta disyuntiva es la del balance, o como planteaba Aristóteles, la de encontrar el justo medio, un término medio. Ya ahondaremos más en esto cuando entremos en el asunto de la administración de justicia por parte de las autoridades indígenas. Por el momento, un punto que se debe tener en cuenta es que los derechos individuales de los miembros de pueblos indígenas deben tener plena vigencia cuando estos miembros se relacionan con personas no indígenas y con el Estado nacional como individuos.

#### IV. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución colombiana de 1991

La Constitución Nacional de Colombia de 1991 consolidó una posición de reconocimiento frente a la diversidad cultural que venía en proceso desde los años ochenta, al interior del Estado colombiano, a la vez que amplió dicho reconocimiento<sup>14</sup>. Sin embargo, el tratamiento que dio a la diversidad cultural no es técnicamente el de los “derechos de grupo”. En los largos capítulos sobre derechos subjetivos no aparece sino una mención a los pueblos

14 Véase Arango, Raúl y Sánchez, Enrique, *Los Pueblos Indígenas en Colombia*, Bogotá, 1997. DNP y Tercer Mundo Editores, 1998, pp. 41-52.

indígenas en el tema de la educación (Art. 68 C.P.) y una en el tema del derecho a la propiedad que, entre otras cosas, se repite posteriormente. Las referencias a los pueblos indígenas aparecen más bien en el título sobre principios y en los títulos sobre la organización del Estado (*ver* Cuadro 1).

Cuadro 1 Las normas constitucionales sobre pueblos indígenas		
Artículo de la Constitución	Objeto de la norma	Contenido del artículo
7	Principio de la diversidad cultural.	El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana.
70 inc. 2	Principio de igualdad de las culturas.	La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (...).
10	Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios.	(...) Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (...).
96	Indígenas como nacionales colombianos.	Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia (...). 2. Por adopción: c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.
10	Derecho a educación bilingüe.	La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.
68	Derecho a educación respetuosa de las tradiciones.	Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural.
171	Derecho a elección en circ. Especial.	El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.



<b>Cuadro 1 (continuación)</b> <b>Las normas constitucionales sobre pueblos indígenas</b>		
<b>Artículo de la Constitución</b>	<b>Objeto de la norma</b>	<b>Contenido del artículo</b>
171	Derecho a elección en circ. Especial.	(...) La Circunscripción especial para la elección de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.
176 inc. 3 y 4	Faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional.	La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes.
329 inc. 2	Derecho de grupo a la propiedad de la tierra.	Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.
246	Derecho de grupo a administrar justicia.	Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
330	Derecho de grupo a la autonomía política.	De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

<b>Cuadro 1 (continuación)</b> <b>Las normas constitucionales sobre pueblos indígenas</b>		
<b>Artículo de la Constitución</b>	<b>Objeto de la norma</b>	<b>Contenido del artículo</b>
330	Derecho de grupo a la autonomía política.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.</li> <li>2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.</li> <li>3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.</li> <li>4. Percibir y distribuir sus recursos.</li> <li>5. Velar por la preservación de los recursos naturales.</li> <li>6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio.</li> <li>7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.</li> <li>8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.</li> <li>9. Las demás que señalen la Constitución y la ley.</li> </ol>
330	Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio Indígena.	<p>Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.</p>

Cuadro 1 (continuación) Las normas constitucionales sobre pueblos indígenas		
Artículo de la Constitución	Objeto de la norma	Contenido del artículo
357	Derecho de grupo a la autonomía financiera.	Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación. (...) Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.
329 inc. 1 y 3.	Entidades Territoriales Indígenas.	La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. (...) La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Una lectura adecuada de la Constitución exige, no obstante, la introducción del concepto de derechos diferenciados de grupo. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución. El primero y más significativo pronunciamiento en este sentido se hizo en la sentencia T-380 de 1993:

La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autóctonos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse

a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, *no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas* que es lo único que les confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (arts. 1, 7 y 14 C.P.) (la cursiva es mía)<sup>15</sup>.

En esta misma sentencia, la Corte distinguió los derechos de los pueblos indígenas de los derechos colectivos, así:

*Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos* (art. 88 CP). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes (la cursiva es mía)<sup>16</sup>.

Estas consideraciones de la Corte son importantes no sólo porque permiten una mejor lectura de la Constitución, sino porque le abren la posibilidad a las comunidades indígenas de utilizar el mecanismo que más garantiza la protección de derechos: la acción de tutela. No vamos a entrar a considerar aquí si la intervención de la Corte efectivamente ha sido garante del cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas, ni a evaluar los costos y beneficios que la acción de tutela ha generado para estos pueblos. Sí nos parece importante, por el contrario, presentar el conjunto de derechos que la Corte ha considerado como fundamentales de los pueblos indígenas (ver re-

15 ST-380 de 1993 (M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo).

16 *Ibid.*

sumen en Cuadro 1) por su importancia para la comprensión de los alcances y límites de la jurisdicción especial indígena, tema en el que nos adentraremos a continuación. Al estudiar este listado y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en general, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los pronunciamientos de la Corte dependen, casi totalmente, de las demandas que se presenten. Por esta razón, el listado no puede entenderse como exhaustivo, sino como el resultado del estudio de los casos puestos a consideración de la Corte en los que estaban involucrados pueblos indígenas.

1. Los derechos de grupo de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>17</sup>.
2. El derecho a la supervivencia cultural. Es la versión grupal del derecho a la vida y a no ser sometido a desaparición forzada. Al igual que el derecho a la vida es el derecho básico de los individuos, por ser el derecho del que se deriva la posibilidad de ejercer los demás<sup>18</sup>. Dentro de los pueblos indígenas sucede lo mismo. Por esta razón, aparece en la mayoría de las sentencias relativas a derechos de los pueblos indígenas. Pero en particular fue decisivo en las sentencias T-28 de 1992<sup>19</sup>; T-342 de 1994<sup>20</sup>; T-007 de 1995<sup>21</sup>; SU-039 de 1997<sup>22</sup>; SU-510 de 1998<sup>23</sup>; y T-652 de 1998<sup>24</sup>.

17 Este apartado es un desarrollo del trabajo de interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional incluido en Manuel José Cepeda E. e Isabel Cristina Jaramillo, *Colombia multiétnica: el papel del derecho constitucional en la promoción de la diversidad y la construcción de la convivencia pacífica* (trabajo de investigación presentado en el Taller “Multiethnic nations in developing countries: Colombia as a Latin American Case”, Instituto de Federalismo, Friburgo, 30 abril 1999).

18 Véanse, entre otras, las ST-452 de 1992. (M.P. Morón Díaz, Fabio); T-102 de 1993. (M.P. Gaviria Díaz, Carlos); C-013 de 1997, (M.P. Hernández Galindo, José Gregorio); Salvamento de voto, de Cifuentes Muñoz, Eduardo, Martínez Caballero, Alejandro y Gaviria Díaz, Carlos; Aclaración de voto de Arango Mejía, Jorge.

19 (M.P. Angarita, Barón, Ciro) *Salvamento de voto*, de José Gregorio Hernández Galindo.

20 (M.P. Barrera Carbonnel, Antonio).

21 (M.P. Barrera Carbonnel, Antonio).

22 (M.P. Barrera Carbonnel, Antonio) *Salvamento de voto*, de Hernández, José Gregorio, Morón Díaz, Fabio, Naranjo Mesa, Vladimiro y Vidal Perdomo, Jaime (conjuez).

23 (M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo) *Salvamento de voto* de Herrera Vergara, Hernando, Hernández Galindo, José Gregorio y Naranjo Mesa, Vladimiro.

24 (M.P. Gaviria Díaz, Carlos).

3. El derecho a la integridad étnica y cultural. Este derecho es el correlato del derecho individual a la integridad personal. Es básico en el sentido en que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural. Al igual que el derecho anterior, aparece mencionado en la mayoría de las sentencias de la Corte sobre el tema y, por tanto, fue trascendental en las decisiones de los casos que corresponden a las sentencias T-342 de 1994, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998.
4. El derecho a la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica). Reconociendo la importancia que tiene para las comunidades indígenas la preservación de su hábitat natural y consciente de los cambios culturales que las variaciones en este hábitat pueden generar, la Corte ha reconocido a las comunidades indígenas un derecho a la preservación de su hábitat natural. Este derecho fue determinante en las decisiones que se tomaron en las sentencias T-380 de 1993; SU-037 de 1997; y T-652 de 1998.
5. El derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad. Este derecho de los pueblos indígenas aparece consagrado en la Constitución en dos de sus artículos. Es importante resaltar, sin embargo, que la Corte le ha dado el carácter de derecho fundamental de los pueblos indígenas y por tanto, susceptible de tutela, lo que no ocurre con el derecho individual a la propiedad que sólo es tutelable cuando está en conexión con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Además de señalar su carácter de derecho fundamental, la Corte ha concretado el texto constitucional señalando que este derecho incluye a su vez cuatro derechos:
  - a. El derecho a que se titule a favor de la comunidad indígena la tierra en la que ha habitado (derecho a la titulación). Este derecho fue protegido por la Corte en la sentencia T-567 de 1992<sup>25</sup>.

---

25 (M.P. Hernández Galindo, José Gregorio).

- b. El derecho a que cada comunidad tenga su propio territorio (derecho a división de los resguardos). Este derecho fue protegido por la Corte en la sentencia T-188 de 1993<sup>26</sup>.
  - c. El derecho a que cada pueblo tenga sólo un territorio (derecho a la unificación de los resguardos). Este derecho fue protegido por la Corte en la sentencia T-652 de 1998.
  - d. El derecho a impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión del territorio del resguardo). Este derecho fue protegido por la Corte en las sentencias T-257 de 1993<sup>27</sup>, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998. La Corte ha señalado, sin embargo, que este derecho tiene dos límites:
    - i. Cuando la intromisión sea necesaria para proteger la seguridad nacional. Así lo dispuso en la sentencia T-405 de 1993<sup>28</sup>. No obstante, la Corte enfatizó que la protección de la seguridad nacional es un interés que debe ser protegido intentando causar el menor daño a la comunidad indígena que habita el territorio.
    - ii. Cuando la intromisión (para llevar a cabo obras o realizar proyectos de exploración o explotación de recursos naturales, renovables o no renovables) se considere justa y se haya realizado un proceso de consulta adecuado, así la comunidad no lo apruebe. Así lo estableció en la sentencia SU-037 de 1997, en donde además aclaró cuándo podría considerarse justificada la intromisión a pesar de la negativa de los indígenas.
6. El derecho a determinar sus propias instituciones políticas y a que éstas sean reconocidas por los agentes estatales (autonomía política) Este derecho fue protegido por la Corte en las sentencias C-139 de 1996<sup>29</sup> y T-652 de 1998.

26 (M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo).

27 (M.P. Martínez Caballero).

28 (M.P. Herrera Vergara, Hernando).

29 (M.P. Díaz Gaviria, Carlos).

7. El derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica). Aunque más adelante ahondaremos en este derecho, mostrando los alcances y límites que se le han dado, es importante señalar que este derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 1994<sup>30</sup>, en la que la Corte aclara que se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto, no requiere de una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido. El derecho también fue protegido en las sentencias C-139 de 1996; C-349 de 1996<sup>31</sup>; T-496 de 1996<sup>32</sup>; y T-23 de 1997<sup>33</sup>.
8. El derecho a la participación en la toma de decisiones que puedan afectar a las comunidades indígenas en su territorio. Este derecho está consagrado expresamente en el párrafo del artículo 330 de la Constitución y también en la Ley 21 de 1991 (art. 15). Ha sido protegido por la Corte en las sentencias SU-037 de 1997 y T-652 de 1998.
9. El derecho a la igualdad lingüística de las comunidades indígenas, que se concreta en el reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas en el área de influencia de las comunidades, no estrictamente en sus territorios de resguardo. Este derecho fue protegido en la sentencia T-84 de 1994<sup>34</sup>.
10. El derecho a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros. (autonomía e igualdad religiosas). Este derecho fue protegido en las sentencias T-342 de 1994 y SU- 510 de 1998.
11. El derecho al reconocimiento y protección de las prácticas médicas tradicionales. Fue expresado en la sentencia C-377 de 1994<sup>35</sup> y protegido en la sentencia T-214 de 1997<sup>36</sup>.

30 (M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo).

31 (M.P. Díaz Gaviria, Carlos) *Aclaración de voto* de Hernández Galindo, José Gregorio y Herrera Vergara, Hernando.

32 (M.P. Díaz Gaviria, Carlos).

33 (M.P. Díaz Gaviria, Carlos).

34 (M.P. Díaz Gaviria, Carlos).

35 (M.P. Arango Mejía, Jorge).

36 (M.P. Martínez Caballero, Alejandro).



12. El derecho a la igualdad material de las comunidades indígenas, esto es, a acceder a prestaciones del Estado cuando como comunidad se encuentra en situaciones de debilidad manifiesta. Entre estas prestaciones se incluyen:
- Educación: este derecho fue protegido en la sentencia T-007 de 1995 y también en la sentencia T-717 de 1996<sup>37</sup>.
  - Salud: el derecho a la protección en salud a comunidades en situación de debilidad manifiesta fue protegido en las sentencias T-342 de 1994; T-007 de 1995 y T- 652 de 1998.
  - Suministro de agua potable: fue protegido en la sentencia T-007 de 1995.
  - Derecho al desarrollo de la comunidad según sus propias convicciones: fue protegido en las sentencias T-007 de 1995, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998.

Cuadro 2 Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	
Derecho	Sentencias
A la supervivencia cultural	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-428 de 1992</li> <li>• T-342 de 1994</li> <li>• T-007 de 1995</li> <li>• SU-039 de 1997</li> <li>• SU-510 de 1998</li> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>
A la integridad étnica y cultural	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-342 de 1994</li> <li>• SU-039 de 1997</li> <li>• SU-510 de 1998</li> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>
A la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-380 de 1993</li> <li>• SU-037 de 1997</li> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>

37 (M.P. Barrera Carbonell, Antonio).

<b>Cuadro 2 (continuación)</b> <b>Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional</b>	
<b>Derecho</b>	<b>Sentencias</b>
<p>A la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Derecho a la titulación</li> <li>2. Derecho a la división de los resguardos</li> <li>3. Derecho a la unificación de los resguardos</li> <li>4. Derecho de exclusión del territorio indígena</li> <li>5. Límites al derecho de exclusión:               <ol style="list-style-type: none"> <li>α. Seguridad nacional</li> </ol> </li> </ol> <p>Explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-428 de 1992</li> <li>• T-342 de 1994</li> <li>• T-007 de 1995</li> <li>• SU-039 de 1997</li> <li>• SU-510 de 1998</li> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>
A determinar sus propias instituciones políticas (autonomía política).	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>
A administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica).	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-254 de 1994</li> <li>• C-139 de 1996</li> <li>• T-349 de 1996</li> <li>• T-496 de 1996</li> <li>• T-523 de 1997</li> </ul>
A determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-342 de 1994</li> <li>• SU-510 de 1998</li> </ul>
A la participación en la toma de decisiones que puedan afectarlos en su territorio.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• SU-039 de 1997</li> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>
A la igualdad lingüística.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-384 de 1994</li> </ul>
Al reconocimiento y protección de su medicina tradicional.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• C-377 de 1994</li> <li>• T-214 de 1997</li> </ul>
A la igualdad material (a acceder a prestaciones del Estado cuando como comunidad se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta). Entre estas prestaciones se incluyen: educación, salud, suministro de agua potable, desarrollo social.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• T-342 de 1994</li> <li>• T-007 de 1995</li> <li>• T-717 de 1996</li> <li>• SU-039 de 1997</li> <li>• T-652 de 1998</li> </ul>

#### **4.2. La jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991**

Después de las consideraciones que hemos hecho sobre los derechos diferenciados de grupo, los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional y los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1991, llegamos finalmente al asunto que nos interesa: la jurisdicción especial indígena en el contexto de la Constitución de 1991. Nuevamente, para ganar elementos de contexto, empezaremos por esbozar cómo la atribución de la facultad de administrar justicia en sus territorios es un derecho de los pueblos indígenas. Luego, expondremos brevemente la historia del artículo constitucional 246 y algunas consideraciones en torno a su interpretación como un derecho de grupo de los pueblos indígenas en Colombia. A continuación, presentaremos un estudio de los elementos de la jurisdicción especial indígena, señalando los alcances y límites del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia.

#### **4.3. El derecho a administrar justicia como un derecho de los pueblos indígenas**

Como se explicó anteriormente, uno de los derechos generales de los pueblos indígenas es el derecho a la autodisposición. Este derecho implica que el grupo pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y sus deseos. El derecho incluye, por lo tanto, el derecho del pueblo indígena a regirse por sus propias normas, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas.

A la luz de las consideraciones hechas anteriormente sobre los elementos a partir de los cuales se construyen los derechos de los pueblos indígenas, y sobre todo teniendo en cuenta que lo que estos grupos reclaman es la posibilidad de mantener prácticas culturales diversas a las de la mayoría de la población del Estado del que hacen parte, este derecho de crear normas y aplicarlas cobra toda su importancia.

En efecto, la teoría sociológica ha mostrado que la permanencia de un grupo como grupo diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores culturales. Este proceso, a su vez, depende en primer lugar, de la

efectividad de las estrategias de socialización primaria y, en segundo lugar, de la efectividad del control social. El momento de la socialización primaria corresponde a los primeros años de vida del individuo. En nuestras sociedades ocurre principalmente en el entorno de la familia y la escuela (de ahí que las comunidades reivindiquen la posibilidad de educar a sus miembros según sus propias costumbres). El control social, por otra parte, requiere tanto de la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como de la posibilidad de aplicar estas normas para corregir las desviaciones.

Entre nosotros, el principal mecanismo de control social lo constituye el conjunto de normas que llamamos “jurídicas”, el “derecho”, y que distinguimos de las normas morales y los usos sociales; y la aplicación de estas normas la asignamos a un aparato especializado y bien identificado que integra el “sistema judicial”. El desarrollo de nuestras prácticas sociales nos ha llevado también a establecer reglas específicas sobre quiénes pueden crear normas jurídicas y cómo pueden hacerlo y a definir quiénes aplican las reglas jurídicas<sup>38</sup>.

Ahora bien, los pueblos indígenas no han tenido este mismo desarrollo. No necesariamente identifican un sistema de normas como “jurídico” para distinguirlo de otros. Tampoco todos reclaman tener un “sistema judicial”. Pero, para mantenerse como grupos han contado con métodos de control social. El reconocimiento y la protección de estas prácticas es vital para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Este reconocimiento y protección se da a través del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia según sus propios usos y costumbres.

---

38 Max Weber es uno de los sociólogos que con mayor lucidez ha presentado esta evolución. Usando los tipos ideales del derecho irracional material, irracional formal, racional material y racional formal, muestra cómo a través de la historia de occidente, el derecho ha asumido la forma del derecho racional formal. El derecho racional formal se caracteriza por contar con reglas claras y con normas sobre la creación, cambio y aplicación del derecho mismo. Véase Weber, Max, *Economía y Sociedad*, especialmente el capítulo titulado “Economía y derecho”. Como mostraremos más adelante, uno de los más influyentes teóricos del derecho contemporáneo, H.L.A. Hart, recoge estas impresiones de la sociología al explicar que nuestros sistemas jurídicos se caracterizan por contar con reglas secundarias que especifican la manera en la que se determina cuáles normas son jurídicas y se establecen procedimientos para la creación, cambio y aplicación de normas jurídicas. Véase H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*.

Este derecho ha sido reconocido de manera directa en las múltiples declaraciones y proyectos de declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas. En el Cuadro No. 2 se resumen estas disposiciones.

Cuadro 3 El derecho de los pueblos indígenas administrar justicia en el derecho internacional		
Instrumento	Disposición	Contenido
Declaración 1	Principio 4	“La tradición y las costumbres de los pueblos indígenas deben ser respetados por los Estados y reconocidos como una fuente fundamental de derecho”.
	Principio 6	“Cada pueblo indígena tiene el derecho a determinar la forma, estructura y autoridad de sus instituciones”.
Declaración 2	Principio 9	“Las leyes y costumbres de las naciones y pueblos indígenas deben ser reconocidas por las instituciones legislativas, administrativas y judiciales de los Estados y, en caso de conflicto con las leyes del Estado, deben prevalecer”.
Declaración 3	Numeral 9	“El respeto por las formas de autonomía requeridas por los Pueblos Indios es una condición esencial para garantizar e implementar estos derechos [planteados antes en la resolución]”.
	Numeral 10	“Más que esto, las formas propias de organización interna de los Pueblos Indios son parte del legado cultural y legal que ha contribuido a su cohesión y al mantenimiento de sus tradiciones socio-culturales”.
Proyecto Naciones Unidas	Artículo 33	“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.
	Artículo 34	“Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

Cuadro 3 (continuación) El derecho de los pueblos indígenas administrar justicia en el derecho internacional		
Instrumento	Disposición	Contenido
Proyecto Interamericano	Artículo 16	<p>“1. El derecho indígena es parte integral del sistema legal del Estado y del marco en el que su desarrollo social y económico ocurre”.</p> <p>“2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y reforzar sus sistemas de derecho indígenas y también a aplicarlos en asuntos que ocurran dentro de sus comunidades, incluyendo los sistemas sobre posesión de propiedad real y recursos naturales, resolución de conflictos dentro y entre comunidades indígenas, prevención del crimen y persecución de criminales, y conservación de la paz y armonía internas”.</p> <p>“3. En la jurisdicción de cualquier Estado, los procedimientos que involucren a los pueblos indígenas o sus intereses deben adelantarse de tal modo que se asegure el derecho de los pueblos indígenas a una completa representación con dignidad e igualdad ante la ley. Esto debe incluir el respeto a las leyes y costumbres indígenas y, cuando sea necesario, el uso del lenguaje nativo” (traducción libre).</p>

#### 4.4. La consagración de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991

Dentro del capítulo quinto del título VIII (“De la Rama Judicial”), el constituyente de 1991 estableció como jurisdicción especial la indígena. El artículo 246 de la Constitución, que pertenece a este capítulo, establece:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

En la constituyente, la propuesta de que las comunidades indígenas contaran con su propia jurisdicción fue presentada por el representante indígena a la Asamblea Nacional Constituyente Lorenzo Muelas Hurtado. En su proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política, identificado con el número 83<sup>39</sup>, el artículo correspondiente a la jurisdicción indígena (sin numeración), establecía:

“Se crea la jurisdicción indígena articulada al sistema judicial del Estado. La Ley Orgánica de carácter especial regulará el funcionamiento, competencias y fines de la jurisprudencia que se crea en la presente Constitución”.

“En los territorios indígenas se garantiza la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propios que no atenten contra los Derechos Humanos”.

El tema de la jurisdicción indígena aparece nuevamente en el informe-ponencia al debate en plenaria del constituyente Jaime Fajardo Landaeta<sup>40</sup>. El articulado propuesto en este caso es el siguiente:

“Artículo.- Administran justicia: El Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores y Contencioso Administrativos, las Autoridades de los Grupos Étnicos, los Jueces de Paz, los Organismos de Conciliación y Arbitraje y los demás juzgados que establezca la ley”.

“Artículo.- Las autoridades propias de los Grupos Étnicos tendrán jurisdicción dentro de sus territorios. Estas Autoridades conocerán de los delitos que cometan los miembros de los Grupos Étnicos”.

“La ley dispondrá la forma cómo esta jurisdicción se articulará al sistema general de la nación”.

El texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, difiere pues del propuesto por el constituyente Muelas porque la interven-

39 Muelas Hurtado, Lorenzo, *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política*, Gaceta Constitucional No. 83, miércoles 20 de marzo de 1991, pp. 11 y ss.

40 Fajardo Landeta, Jaime, Informe-Ponencia “Creación Constitucional de la figura de los Jueces de Paz”, Gaceta Constitucional No. 66, viernes 3 de mayo de 1991, pp. 14 y ss.

ción de la ley se disminuye al aspecto de la coordinación de jurisdicciones, no incluye los aspectos de funciones y funcionamiento, y porque en lugar de imponer como límite los Derechos Humanos, incluye la Constitución y las leyes de la República. También difiere del propuesto por el constituyente Fajardo Landaeta porque las facultades jurisdiccionales concedidas a las autoridades indígenas no se restringen al campo de lo penal y porque en lugar de conceder estas facultades a las autoridades de los Grupos Étnicos en general, lo hace de manera particular a las autoridades de los pueblos indígenas.

## V. La jurisdicción especial indígena como derecho de los pueblos indígenas en Colombia

Como puede verse, los textos que se propusieron relativos a la jurisdicción especial indígena no enfatizaban su carácter de derecho de los pueblos indígenas. El artículo que quedó finalmente en la Constitución aparece en el título sobre la Rama Judicial, por lo que el derecho que en últimas se estaba consagrando a favor de los pueblos indígenas no sale a relucir claramente. Sin embargo, tal y como se mostró en el capítulo sobre los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1991, una lectura adecuada de la Constitución exige que se interpreten las variadas cláusulas constitucionales a la luz de la teoría de los derechos diferenciados de grupo. Esto es cierto también para la jurisdicción especial indígena. Para sustentar esta afirmación contamos con argumentos basados en el texto de la misma Constitución, con las aproximaciones del derecho internacional y con las afirmaciones de la Corte Constitucional al respecto.

Empecemos por el argumento textual. Si se mira con cuidado el artículo 246 de la Constitución, se encontrará que éste dispone que “Las autoridades de los pueblos indígenas *podrán* ejercer funciones jurisdiccionales” (la cursiva es mía). Por el contrario, cuando se refiere a los máximos tribunales en otras jurisdicciones la Constitución dispone: “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (el resaltado es mío) (art. 234); “Son atribuciones del Consejo de Estado: 1) Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (...)” (el resaltado es



mío) (art. 237); “(...) la Corte Constitucional (...) *cumplirá las siguientes funciones*: 1. Decidir (...) (el resaltado es mío) (art. 241).

Así, pues, mientras que en el caso de las autoridades indígenas la Constitución usa el verbo “poder”, lo que implica el conceder una facultad, en los demás se utilizan verbos en la forma imperativa o en el presente simple (“es”, “son”, “cumplirá”). Esto se deriva del hecho de que la jurisdicción como función soberana del Estado, no necesita ser reconocida constitucionalmente, sino reglamentada constitucionalmente. En el caso de los pueblos indígenas que no son Estados independientes, la posibilidad de administrar justicia sí necesita de un reconocimiento expreso. El que en el caso de la Constitución colombiana este reconocimiento no se haga por la vía de un imperativo, sino del verbo “poder”, indica que la Constitución no pretendía atribuir una función sino un derecho a los pueblos indígenas. De haberse querido que las autoridades indígenas estuvieran obligadas a ejercer la función judicial se habrían usado verbos o formas verbales distintas.

El segundo tipo de argumento a favor de esta interpretación, como ya se dijo, proviene de los desarrollos que se han hecho en torno a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional. Ya en un acápite anterior se mostraron los diversos instrumentos en los que aparece como un derecho la posibilidad de regirse por instituciones propias, entre ellas las que administran justicia o resuelven conflictos, razón por la cual no profundizaremos en este punto.

El tercer argumento se basa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Si bien esta corporación no se refirió inicialmente a la jurisdicción indígena como a un derecho, sí reiteró que se trata de una potestad, de una atribución que la Constitución hace a las autoridades de los pueblos indígenas. Así, sobre al artículo 246 de la Constitución, en la sentencia C-139 de 1996<sup>41</sup>, se afirma: “El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la *posibilidad* de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas (...)” (la cursiva es mía). Y más adelante señala: “Los dos primeros elementos conforman el núcleo de *autonomía* otorgado a las comunidades indígenas (...)” (la cursiva es mía). Igualmente, en la

41 SC-139 de 1996 (M.P. Gaviria Díaz, Carlos).

sentencia T-254 de 1994<sup>42</sup>, se afirma: “La Constitución *autoriza* a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales (...)” (la cursiva es mía).

La jurisprudencia de la Corte es aún más clara al respecto en la sentencia T-349 de 1996<sup>43</sup>. En esta sentencia, la Corte Constitucional, reconociendo la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir el conocimiento de un caso o no, dispone lo siguiente en la orden de tutela:

Cuarto: CONSULTAR a la comunidad Embera-Chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento. Sobre estas circunstancias deben informar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en el término de 30 días calendario, contados a partir de la notificación de la presente providencia.

La Corte aquí, en lugar de obligar a la comunidad a realizar nuevamente el procedimiento, ordena que se consulte a la comunidad para que sea ella la que decida si avoca el conocimiento del caso nuevamente o no. Y es precisamente esto lo que se desprende de considerar un derecho y no una función de las autoridades indígenas el administrar justicia.

En efecto, cuando se atribuye un derecho, se abre al titular la posibilidad tanto de hacer aquello a que se le autoriza (aspecto positivo del derecho), como de negarse o abstenerse a realizarlo (aspecto negativo del derecho). Por el contrario, cuando se radica en una persona o una institución una función, esa persona o institución está en la obligación de realizar las actividades relacionadas con la función. Cuando se trata de una función pública como la de administrar justicia, un incumplimiento de la función tiene como consecuencia la negación de los derechos de los ciudadanos, en el caso

---

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

particular de la justicia, la consecuencia es la violación del derecho a acceder a la justicia.

En el pronunciamiento más reciente de la Corte sobre la jurisdicción indígena, finalmente se dio el paso hacia hacer explícito el carácter de derecho de grupo de la jurisdicción indígena y se tuteló, por primera vez, este derecho de la comunidad<sup>44</sup>.

Entonces, la importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación, radica en que los pueblos indígenas dentro de la autonomía que se les confiere pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia, simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones respecto de las decisiones de los jueces ordinarios (ordinarios aquí por oposición a indígenas).

En resumen, si bien el texto constitucional no señala explícitamente que la facultad de administrar justicia que se concede a las autoridades indígenas es un derecho de grupo, existen tanto argumentos textuales (el uso de la palabra “podrán” y no una forma imperativa o de presente simple), como del contexto internacional y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que apuntan a que el artículo 246 constitucional sea entendido como consagrando un derecho de grupo a favor de los pueblos indígenas. El que se trate de un derecho de grupo tiene dos consecuencias: 1) Que si no se ejerce no se puede entender que hay una denegación de justicia; 2) Que si se ejerce, las decisiones tienen pleno valor.

### 5.1. Alcances y límites de la jurisdicción especial indígena

En el apartado anterior estudiamos la característica principal de la jurisdicción especial indígena, que se trata de un derecho de grupo de los pueblos indígenas de Colombia. Algunas páginas atrás señalamos los elementos de la

44 ST-266 de 1999 (M.P. Gaviria Díaz, Carlos).

realidad de los pueblos indígenas que llevan a que este derecho sea uno de los atribuibles a ellos. Corresponde ahora presentar los alcances y límites de esta jurisprudencia en la que la Constitución otorga a los pueblos indígenas la facultad de administrar justicia.

La teoría clásica del derecho procesal coincide en señalar como elementos de la jurisdicción la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*<sup>45</sup>. La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez. Presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones, etc. El *iudicium* es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez. El *imperium*, finalmente, consiste en la “potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales”<sup>46</sup>.

En razón de que la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la palabra, debe entenderse que estos elementos también son constitutivos de ella. Cabe hacer, no obstante, las siguientes precisiones.

- a) La especificidad cultural de la jurisdicción de cada pueblo indígena

De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución, la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo según “sus propias normas y procedimientos”, lo que implica que la forma específica que adquieran cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada uno de los pueblos. Son sus usos y costumbres los que determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial, los procedimientos que deben adelantarse para llegar a una decisión, la forma de la decisión y la manera en la que será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión.

- b) El territorio y la pertenencia étnica de las partes en la delimitación de la *notio*

Si bien hemos señalado que la facultad de administrar justicia es un derecho de grupo de los pueblos indígenas y que este derecho implica que la ju-

45 Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVII, p. 538, Driskill S.A., Buenos Aires.

46 *Ibid.*, p. 359.

risdicción en cada caso responde a la especificidad cultural de cada pueblo, también es cierto que se trata de un derecho limitado. El primero de estos límites tiene que ver con los asuntos que pueden conocer las autoridades indígenas. Al revisar el texto constitucional, lo primero que se constata a este respecto es que no hay una limitación en cuanto a la materia o la cuantía. El límite al que se refiere la norma es el del territorio: “las autoridades judiciales de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”.

Pero, ¿qué quiere decir esto exactamente: que los fallos de las autoridades indígenas sólo tienen efectos en su territorio o que las autoridades indígenas sólo pueden decidir hechos ocurridos dentro de su territorio? Y ¿cuál es el territorio al que se refiere exactamente la Constitución: el del resguardo, el que tradicionalmente ocupa la comunidad indígena o el que la comunidad considera como su territorio?

### c) La determinación del territorio

A pesar de que aún no existe la ley llamada a desarrollar estos aspectos del texto constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional provee herramientas valiosas para dilucidar las preguntas que se han formulado. Frente al primer interrogante, la posición de la Corte ha sido que la restricción territorial se refiere al lugar de ocurrencia de los hechos que generaron el conflicto. Por un lado, esta es la interpretación que expresamente ha dado a la norma<sup>47</sup>. Por otro, ha indicado la validez de las decisiones de las autoridades indígenas en todo el territorio nacional; primero, admitiendo la procedencia de las tutelas contra decisiones judiciales indígenas de igual manera en la que lo hace con respecto a decisiones judiciales de los jueces ordinarios; segundo, ordenando a la policía nacional llevar al territorio indígena respectivo a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en el territorio indígena<sup>48</sup>.

47 En la ST-496 de 1996, al referirse a los elementos que configuran el fuero indígena, se afirma que uno de los elementos de este fuero es “de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio (...)”.

48 Véase ST-349 de 1996.

Por otra parte, la Corte ha establecido un precedente más o menos claro en el sentido de que el término territorio no es solamente el reconocido legalmente bajo la figura del resguardo, sino el habitualmente ocupado por la comunidad indígena. Así, por ejemplo, en el caso de la sentencia T-254 de 1994<sup>49</sup>, a pesar de que la comunidad indígena no había legalizado aún la propiedad sobre la tierra ocupada, la Corte consideró procedente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad. No se han presentado aún casos en los que la comunidad indígena, contando con un resguardo, juzgue situaciones que ocurrieron por fuera del resguardo, pero dentro del territorio habitualmente ocupado por la comunidad.

Sin embargo, interpretando otros derechos de los pueblos indígenas, la Corte ha tendido a favorecer una definición amplia de territorio, en lugar de identificar el territorio al que se refiere la Constitución con el constituido legalmente como resguardo. En este sentido se pronunció la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-384 de 1994 sobre el derecho a que las lenguas indígenas sean tenidas como oficiales en territorio indígena<sup>50</sup>. En la sentencia se cita el artículo del Decreto 2001 de 1988 en el cual se define como territorio indígena: “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”. Además, se cita el artículo 124 del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), según el cual: “se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellos que aunque no poseídos en esa forma, constituyan ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”. Usando estas definiciones, la Corte determina el sentido de la frase “territorio indígena” contenida en el Art. 10 de la Constitución Política, similar a la que está en el artículo 246 de la Carta. Concluye la sentencia estableciendo que el departamento del Guainía tiene como lengua oficial el curripaco, además del castellano, “porque los resguardos indígenas de los que participan los miembros de esa etnia cubren el 90% de los 72.238 km<sup>2</sup> del territorio departamental (...)”.

49 ST-254/94 (M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo).

50 ST-384/94 (M.P. -----).

Igualmente en la sentencia C-039 de 1997<sup>51</sup>, en la que se determinan los lineamientos de la consulta a comunidades indígenas en los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en sus “territorios”, se afirma que debe entenderse que la palabra “territorio” contenida en la cláusula constitucional del parágrafo del artículo 330 se refiere a “los territorios que ocupan o les pertenecen (...)”.

Ahora bien, ¿es el territorio el único factor que entra en juego para determinar los asuntos de los que pueden conocer las jurisdicciones especiales indígenas? De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de este factor que aparece expresamente en el texto constitucional, opera el de la pertenencia o conciencia étnica de los involucrados.

## VI. La conciencia étnica como factor que determina la jurisdicción

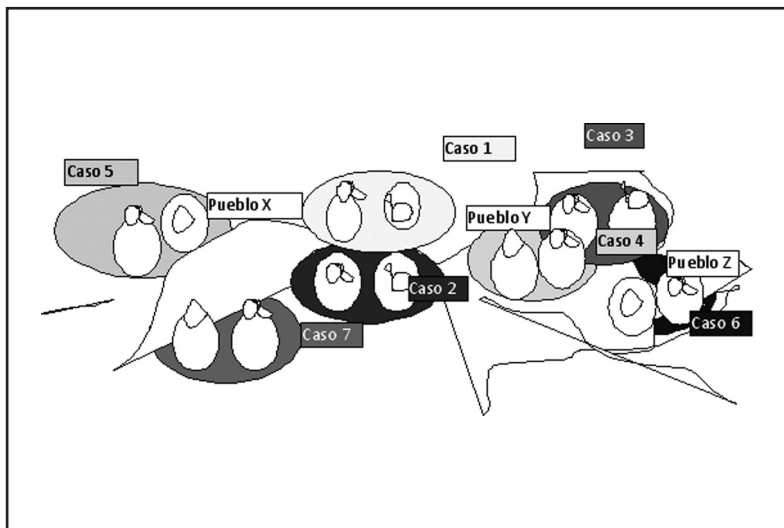
De acuerdo con la sentencia T-496 de 1996, para determinar los casos que pueden ser conocidos por la jurisdicción indígena el factor territorial no es suficiente. Debe tenerse en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas. El factor territorial solamente es suficiente cuando las partes involucradas pertenecen todas al mismo grupo étnico. Pero, cuando en un asunto de cualquier tipo las partes pertenecen a diferentes grupos étnicos, este hecho debe ser tenido en consideración. Pueden presentarse casos de muy variada índole:

- Caso 1. El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto B, ciudadano colombiano que no pertenece a ningún pueblo indígena. Los hechos ocurren en el territorio de X.
- Caso 2. El sujeto A perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto B, ciudadano colombiano que no pertenece a ningún pueblo indígena. Los hechos ocurren por fuera del territorio de cualquier pueblo indígena.

51 C-039/97 (M.P. -----).

- Caso 3. El sujeto A perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto B, ciudadano colombiano que no pertenece a ningún pueblo indígena. Los hechos ocurren en territorio del pueblo indígena Y.
- Caso 4. El sujeto A perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto C perteneciente al pueblo indígena Y. Los hechos ocurren en el territorio de X.
- Caso 5. El sujeto A perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto C perteneciente al pueblo indígena Y. Los hechos ocurren en el territorio de Y.
- Caso 6. El sujeto A perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto C perteneciente al pueblo indígena Y. Los hechos ocurren en el territorio del pueblo Z.
- Caso 7. El sujeto A perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto C perteneciente al pueblo indígena Y. Los hechos ocurren por fuera de los territorios de X y de Y o de cualquier otro pueblo indígena.

Gráficamente estas posibilidades se verían de la siguiente manera:





Ahora bien, la Corte Constitucional sólo se ha referido a uno de estos casos en la sentencia T-496 de 1996: el caso 7, en el que dos miembros de pueblos indígenas diferentes se ven involucrados en un conflicto que ocurre por fuera del territorio de cualquier pueblo indígena. Sin embargo, el caso fue asimilado a un caso de tipo 2 en su resolución se tuvieron en cuenta dos variables: 1ª. La existencia de normas que castigaran la conducta del individuo miembro de un pueblo indígena tanto en su pueblo como en las leyes colombianas; 2ª. El nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado de las normas y prácticas sociales de la población colombiana. Estas dos variables, según la Corte, concretan el elemento personal para determinar la jurisdicción. Este elemento, pretende dar cuenta de las diferencias culturales que pueden existir entre los pueblos indígenas y entre éstos y la sociedad colombiana. Así, de acuerdo con esta sentencia, si se dan en el caso ambas circunstancias, la conducta es castigada por las normas del pueblo indígena al que pertenece el involucrado y si éste tiene un conocimiento suficiente de las prácticas sociales y las normas de la sociedad colombiana, la jurisdicción se radica en los jueces ordinarios. Si, por el contrario, se da la primera circunstancia, pero no la segunda, la jurisdicción se radica en las autoridades indígenas del pueblo al que pertenece el individuo, siempre y cuando éstas quieran ejercer su derecho. Al igual que en el primer caso, si se da la segunda variable (el conocimiento de la sociedad colombiana), pero no la primera (la conducta no es reprimida por la comunidad a la que pertenece el individuo en cuestión), la jurisdicción se radicaría en los jueces ordinarios. La sentencia, sin embargo, no provee suficientes elementos para resolver un caso tipo 2 en el que la conducta no es reprimida por la comunidad a la que pertenece el individuo y éste no está familiarizado lo suficiente con la sociedad colombiana y sus normas.

Por aplicación del principio de reciprocidad, estas reglas serían aplicables a casos tipo 1. No obstante, por la diferencia que existe entre los casos tipo 1 y 2 y los demás casos, las reglas establecidas en la jurisprudencia no se podrían aplicar directamente.

En resumen, la Corte Constitucional en su interpretación de las normas constitucionales relacionadas con los pueblos indígenas, ha establecido que existen dos factores que determinan los asuntos de los que pueden conocer las autoridades de los pueblos indígenas en calidad de administradoras de

justicia: 1. El territorial; 2. El subjetivo. El factor territorial determina que las autoridades indígenas pueden conocer de los asuntos que ocurran dentro de sus territorios, entendiéndose que éstos incluyen no sólo los que legalmente son reconocidos como de su propiedad bajo la figura del resguardo, sino también los que tradicionalmente han sido ocupados por las comunidades en cuestión. El factor personal se refiere a la necesidad de atender a las diferencias culturales relacionadas con la pertenencia étnica en el momento de radicar la jurisdicción.

Al introducirse este factor, el análisis se hace más complejo. De los tipos de casos imaginables en el nivel más simple, sólo se cuenta con reglas claras para resolver casos en los que un indígena y un no indígena se ven involucrados en un conflicto dentro del territorio al que pertenece alguno de los dos. Estas reglas se construyen a partir de dos elementos: a) la comparación de las normas indígenas de comportamiento con las normas de la sociedad colombiana; b) el examen del nivel de integración a la sociedad colombiana del individuo involucrado.

### 6.1. Restricciones a la *iudicium*

Al establecer la jurisdicción especial indígena, la Constitución dispone que las atribuciones conferidas a las autoridades de los pueblos indígenas para administrar justicia deben ajustarse a la “Constitución y las leyes de la República”. Al igual que en el caso anterior, ha sido la Corte Constitucional la que por medio de su interpretación de la norma ha fijado los alcances de los límites constitucionales al ejercicio del derecho que la Carta consagra a favor de los pueblos indígenas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este punto, sin embargo, no es uniforme. Pueden distinguirse por lo menos tres líneas de precedentes. La primera línea fue inaugurada con la sentencia T-254 de 1994, cuyo ponente fue el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. En ella se establecen cuatro principios interpretativos para determinar los límites del derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas, en materia de la *iudicium*. En la sentencia, éstos se presentan de la siguiente manera:

“A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía (...). La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser, en principio, respetados—, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

“Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (C.P. arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente”.

“Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional —diversidad, pluralismo— y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (C.P. art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (C.P. art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores”.

“Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra *legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas”.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, entonces, lo primero que ha de tenerse en cuenta para establecer los límites al ejercicio del derecho es el grado de “conservación” de usos y costumbres que pueda demostrar cada comunidad indígena: si el grado de conservación es alto, los límites se reducen; si el grado de conservación es bajo, los límites aumentan. En cualquiera de los dos casos, sin embargo, los derechos fundamentales constitucionales son un límite inquebrantable para la autoridad indígena, al igual que las normas imperativas o de orden público que protejan valores superiores al de la diversidad cultural. Las normas dispositivas, por el contrario, no se consideran un límite para la autoridad indígena.

Como puede verse, sólo dos de los cuatro principios pueden ser aplicados directamente como reglas: el que se refiere a los derechos constitucionales fundamentales, que son un límite en todos los casos, y el que se refiere a las normas legales dispositivas, que no constituyen un límite en ningún caso. Los otros dos principios implican realizar un balance con otros principios constitucionales caso a caso.

La segunda línea de precedentes se inicia con la sentencia T-349 de 1996, cuyo magistrado ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz. De acuerdo con esta sentencia, los límites al derecho de los pueblos indígenas deben establecerse teniendo en cuenta las personas e intereses que se ven afectados por la decisión de las autoridades indígenas. En el caso en el que las personas e intereses involucrados pertenecen a una misma comunidad o pueblo indígena, debe aplicarse el principio de maximización de la autonomía. Según este principio, los únicos límites a la autoridad indígena en los casos en los que el principio se aplica son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y de los tratos crueles, in-

humanos y degradantes, y el derecho a que el castigo sea previsible para los miembros de la comunidad.

Así, mientras la primera línea consideraba de mayor importancia la evaluación del grado de asimilación o conservación de la comunidad indígena involucrada, para la segunda línea lo relevante es determinar quiénes son los involucrados. Y, mientras para la primera línea todos los derechos fundamentales constitucionales constituyen un límite al ejercicio del derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas, al igual que las normas legales de orden público que protegen intereses superiores a la diversidad cultural, para la segunda línea, en el caso en el que tanto las personas como los intereses involucrados sean de la misma comunidad étnica, sólo unos cuantos derechos constituyen un límite al derecho.

Las diferencias entre estas dos líneas de jurisprudencia se hacen más claras cuando se observa cómo se resuelven dentro de cada una de ellas casos específicos. Conforme a la sentencia T-254 de 1994, la comunidad indígena Coyaima Natagaima, por su alto nivel de asimilación a la sociedad colombiana, está obligada a respetar la garantía de la individualidad de la sanción penal, la prohibición de la confiscación, y el principio de proporcionalidad de la sanción penal con respecto a la conducta. Por esta razón, se consideró nula la decisión de una parcialidad perteneciente al grupo indígena mencionado, en la que se expulsaba del territorio de la parcialidad a uno de los miembros y toda su familia, sin pagarles las mejoras, por haber cometido pequeños hurtos y haber dilapidado dineros de la comunidad.

La sentencia T-349 de 1996, por el contrario, protegió la sanción del “cepo” por considerar que no constituye un trato cruel, inhumano o degradante. Sin embargo, observó que la comunidad impuso una sanción distinta a las previsible para sus miembros, por lo que le solicitó pronunciarse sobre su disponibilidad para repetir el juzgamiento, respetando esta vez la directriz de la previsibilidad. En la sentencia T-523 de 1997, que también puede incluirse en la segunda línea, la Corte protegió la sanción del “fuate”, también bajo la consideración de que ella no constituye un trato cruel, inhumano ni degradante. En ambos casos el conflicto involucraba solamente a miembros de una misma comunidad étnica. En ambos casos el nivel de conservación de las comunidades no era muy alto (se trataba de las comunidades Embera-Chamí y Paez, respectivamente).

La tercera línea jurisprudencial se inició en la sentencia SU-510 de 1998, cuyo magistrado ponente fue nuevamente el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Por ser una sentencia de unificación, fue suscrita por la Sala Plena de la Corporación. En ella se mantiene el criterio de una mayor autonomía dependiendo del grado de conservación de la comunidad en cuestión, recogiendo en este punto el primer principio de la primera línea de jurisprudencia. Pero se abandona esta línea de jurisprudencia en cuanto a los límites al ejercicio del derecho a administrar justicia, reduciéndolos al conjunto de derechos constitucionales fundamentales. En el caso concreto, en razón del alto nivel de conservación de la comunidad afectada por la decisión de la Corte, el límite sólo incluyó los núcleos intangibles de estos derechos. De acuerdo con el examen de la Corte, la comunidad involucrada debía respetar el derecho a la libertad de conciencia de sus miembros, en tanto este derecho constituye el núcleo intangible de la libertad religiosa y de cultos.

Resumiendo, la Corte ha tenido tres posiciones en lo que se refiere a los límites de la autoridad indígena en sus decisiones. La tercera de estas posiciones, que prevalece frente a las otras por haber sido presentada en una sentencia de unificación, plantea que estos límites se determinan en primer lugar por el nivel de asimilación o conservación de la comunidad indígena de la que se trate. El referente único para establecer los límites son los derechos constitucionales fundamentales. Dependiendo del nivel de asimilación o conservación de la comunidad, el límite será solamente el núcleo intangible de cada uno de estos derechos, o la totalidad de las garantías relacionadas con cada uno.

## 6.2. El *imperium*

Como se indicó al iniciar este capítulo, uno de los elementos de la jurisdicción dentro de la teoría clásica es el *imperium*. El *imperium* es la facultad de utilizar la fuerza física para lograr el acatamiento de las decisiones a las que se llega en ejercicio de la *iudicium*.

En el caso de los pueblos indígenas, el derecho a administrar justicia también incluye el derecho a utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal (prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degra-

dantes). Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los reuientes ante las autoridades judiciales de la comunidad, sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo.

Además de los límites que se derivan de los derechos fundamentales constitucionales (de acuerdo con lo explicado en el apartado anterior), la Corte Constitucional no ha señalado la existencia de otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los pueblos indígenas en este aspecto<sup>52</sup>. Para garantizar el *imperium*, inclusive ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para dar captura a quienes han salido del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de la sanción<sup>53</sup>.

El límite importante al *imperium* no es tanto jurídico como fáctico. Puesto que supone el ejercicio de la fuerza física, exige que los pueblos tengan un control asegurado sobre su territorio y sus habitantes. Esto no es cierto en todos los casos. Particularmente, cuando se trata de resguardos muy extensos, el control territorial de las comunidades es muy débil<sup>54</sup>.

## VII. Bibliografía

- Barth, Fredrik, *La Organización Social de las Diferencias Culturales, en Los grupos étnicos y sus fronteras*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- Bartolomé, Miguel Alberto, “El derecho a la existencia cultural alterna”, en *Derechos indígenas en la actualidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, N° 59, México, 1994.
- Batenson, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente. Una revolucionaria teoría hacia la autocomprensión del hombre*, Planeta, Carlos Lohle, Argentina, 1991.

52 Véase ST-349 de 1996; T-523 de 1997 y Su-510 de 1998.

53 Véase ST-349 de 1996.

54 Arango, Raúl y Sánchez, Enrique, *Los pueblos indígenas en Colombia*. DPN, Bogotá, 1997, y Tercer Mundo, 1998, p. 213.

- Benítez, Hernán Darío, “Jurisdicción especial indígena. Implicaciones de su consagración institucional”, Ponencia, Seminario sobre jurisdicción indígena, Popayán, 1997.
- Bohanna, Paul, *Justice and Judgement among the tiv*, Oxford University Press, Londres, 1957.
- Brown, George Spencer, *Laws of form*, Gerge Allen & Uwin, Londres, 1969.
- Cortina, Adela, “Presupuestos morales del Estado Social de Derecho”, en *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*, Motta, Cristina (compiladora), Tercer Mundo Editores-Ediciones Uniandes, Bogotá, 1994.
- Díaz-Polanco, Héctor, “Derechos indígenas y autonomía”, en Revista Crítica Jurídica. N° 11, UNAM, México, 1992.
- Dove, Robert, “Ponencia sobre derecho indígena”, presentada en el Congreso de Americanistas, Quito, 1997.
- Durán, Rosalba, *El individualismo metodológico y perspectivas de un proyecto democrático*, Universidad de Antioquia, Medellín, 1995.
- Facio, Alda, “El principio de igualdad ante la ley”, en Revista El Otro Derecho. N° 8, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA-TEMIS, Bogotá, 1991.
- Foerster, Heinz, *Las semillas de la cibernética*, Gedisa, Barcelona, 1991.
- Gluckman, Max, *Política, Derecho y Ritual en la Sociedad Tribal*, Akal, Madrid, 1978.
- \_\_\_\_\_, *The judicial Proces among the Barptse of northern Rhodecia*, University Press, Manchester, 1955.
- Gros, Chistian, “Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia”, en Revista Análisis Político. N° 19, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia, Manchester, 1993.
- Hoekema, Andre, *Imágenes de Autonomía*, Universidad de Amsterdam, Amsterdam, 1995.
- Mauss, Marcel, *Introducción a la Etnografía*, Istmo (Fundamentos 13), Madrid, 1967.
- Palacio Castañeda, Germán, “Los derechos propios y el pluralismo jurídico”, en El folder ICBF. Programa para la Construcción de entendimiento intercultural, Madrid, 1996.



- Riveiro, Darcy, *Fronteras indígenas de la civilización*, Siglo XXI, México, 1971.
- Sánchez, Esther y Vásquez, Miguel, *Manual para la Construcción de Entendimiento intercultural*, ICBF, Bogotá, 1993.
- Sánchez Botero, Esther, “Melicio Cayapú Dagua está preso, mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”, en *Antropología Jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*, Sánchez, Esther (editor-compilador), Sociedad Antropológica de Colombia. Desarrollo de los Pueblos, Bogotá, 1992.
- , “Costumbre, Cultura y Ley Nacional”, en *Grupos Étnicos. Derecho y Cultura. Cuadernos del Jaguar*, Editorial Presencia, Bogotá, 1987.
- , “Peritazgo Antropológico. Una forma de conocimiento. El otro Derecho”, en *Sociología Jurídica y Ciencias Políticas N° 2*, ILSA Bibliográficas, Santafé de Bogotá, 1992.
- Santos de Sousa, Boaventura, *Estado Derecho y Luchas Sociales*, ILSA. Dupligráficas, 1991.
- , *Toward a new common Sence*, N. Y. London, 1995.
- Shannon, Claude, *The mathematical theory of communication*. Bell Technical, Journal, 1948.
- Sierra, María Teresa, *Autonomía y Pluralismo Jurídico*, Congreso de Americanistas, Quito, 1997.
- Tylor, Charles, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993.

# Los caminos de la justicia intercultural

Luis Fernando Ávila Linzán\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. El punto de partida y las rutas posibles: la justicia intercultural. 2.1. El camino recorrido. 2.1.1. Del legalismo postcolonial al constitucionalismo multicultural. 2.1.2. La emergencia del constitucionalismo intercultural. 2.2. El camino por recorrer. III. El personal expedicionario: las autoridades y las personas. 3.1. La autoridad y las personas: entre la realidad y la razón formal del proceso. 3.1.1. El marco de reconocimiento. 3.1.2. Los supuestos de la interrelación de las autoridades y las personas. IV. El punto de llegada: el territorio, la jurisdicción y las competencias. 4.1. El territorio. 4.1.1. El marco de reconocimiento. 4.1.2. Los supuestos de interrelación respecto del territorio. 4.2. La jurisdicción. 4.2.1. Marco de reconocimiento. 4.2.2. Los supuestos de interrelación para la jurisdicción. 4.2.2.1. Fuero indígena/mestizo. 4.2.2.2. Fuero mestizo/indígena. 4.3. La participación. 4.3.1. Marco de reconocimiento. 4.3.2. Los supuestos de interrelación para la participación. 4.3.2.1. Modelo del mínimo jurídico. 4.3.2.2. Modelo de la interpretación intercultural de los derechos. 4.4. La colaboración. 4.4.1. Marco de reconocimiento. 4.4.2. Los supuestos de interrelación para la colaboración. V. Conclusiones. 5.1. El camino de la justicia postcolonial. 5.2. El camino de la justicia intercultural. 5.3. El camino de la justicia emancipadora. VI. Bibliografía.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar – Quito, Diplomado en Derechos Humanos, Instituto Raoul Wallemberg, Suecia-Costa Rica, .Asesor en la Asamblea Nacional.

¿Diferentes, desiguales y desconectados? Plantear los modos de interculturalidad en clave negativa es adoptar lo que siempre ha sido la perspectiva del pensamiento crítico: el lugar de la carencia. Pero ponerse en la posición de los desposeídos (de integración, de recursos o de conexiones) no es aún saber quiénes somos<sup>1</sup>.

## I. Introducción

La globalización ha sido vista como un fenómeno negativo —en tanto, nivel de dominación— que juega a favor del mercado transnacional y la imposición de un modelo único y hegemónico de vida. No negamos esa realidad de esa nueva forma del capitalismo contemporáneo. Pero, junto con esta realidad, también este mismo fenómeno ha hecho visible la diversidad y la promoción de las culturas locales<sup>2</sup>, lo cual ha propiciado una oportunidad de resistencia contrahegemónica, es decir la globalización de lo local:

La globalización hegemónica es la intensificación de las interacciones de cruce de fronteras y de las relaciones sociales propiciadas por grupos sociales y entidades dominantes para promover sus intereses. La globalización contrahegemónica equivale a las interacciones de cruce de fronteras o instituciones subordinadas para promover sus intereses, a menudo para contrarrestar los efectos perjudiciales que la globalización hegemónica tiene sobre ellos<sup>3</sup>.

En Latinoamérica, a partir de la década de los noventa, el surgimiento de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas como actores polí-

---

1 Canclini, Néstor García, *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 25.

2 Stavenhagen, Rodolfo, “Los Derechos Culturales y los Derechos Colectivos en Tiempos de Globalización”, en Ingrid Van Beuren y Óscar Soto Badillo, *Derechos Humanos y Globalización Alternativa: una perspectiva iberoamericana*, Universidad Iberoamericana Puebla, México, 2004, p. 133.

3 Santos de Souza, Boaventura, “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Santos de Souza, Boaventura y García Villegas (comps.), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001, p. 154.

ticos ha sido notoria, coincidiendo con un entorno sociopolítico favorable para el cambio luego de que la mayoría de los países de la Región retornaron a la democracia. Al mismo tiempo, ocurre el auge de los mecanismos universales, regionales y subregionales de defensa de los derechos humanos, particularmente el Sistema Internacional de Derechos Humanos, y aparecen un sinnúmero de plataformas jurídico-políticas de resistencia a las políticas neoliberales que provienen de procesos organizativos indígenas de base, y que buscan la superación la sociedad postcolonial y la construcción de una sociedad más equitativa<sup>4</sup>.

Para esta época, el movimiento indígena apenas se había convertido en un actor emergente de la política ecuatoriana que no pudo consolidar su proyecto político en la Constitución de 1998<sup>5</sup>. Este hecho sólo ocurrió en la de 2008 que significó la culminación de dicho proceso, que buscó el reconocimiento del Estado plurinacional, la incorporación de la interculturalidad como espacio de encuentro entre las culturas indígenas y mestizas en un plano de igualdad, y la inclusión de los derechos colectivos en el estatuto constitucional de derechos<sup>6</sup>.

Dentro de los derechos colectivos reconocidos formalmente, consta el de “*mantener, crear, desarrollar y practicar su derecho propio o consuetudina-*

4 Cfr., Dandler, “Jorge, Pueblos Indígenas e Imperio de la Ley en América Latina: ¿tienen una oportunidad?”, en Méndez, Juan y otros, *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002. Este autor hace un recuento importante del proceso de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos en América Latina. Identifica varios procesos pacíficos como los ocurridos en Perú y Bolivia, y otros que se generaron a partir de la insurgencia o como efecto posterior. Entre los primeros, mencionamos los cambios constitucionales en Brasil (1980) y Colombia (1991), y los esfuerzos por los procesos regionales, mediante los proyectos de Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos; entre los segundos, dos eventos son dignos de destacar: aquellos que se dieron luego de los acuerdos de paz en Guatemala (1996) con el denominado *Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos*; y, el *Acuerdo de San Andrés de Chiapas* (1996).

5 Cfr., Andrade, Pablo, “Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998”, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, Quito, 2004.

6 Llasag Fernández, Raúl, “La Jurisdicción Indígena en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad”, en Andrade, Santiago y otros (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional,

rio”<sup>7</sup>, y el de ejercer “*funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio*”<sup>8</sup>.

Este logro político en su traducción jurídica, devino en tres consecuencias importantes a partir de la configuración del poder, mediante la puesta en marcha de una profunda transformación social<sup>9</sup>. Primeramente, se da materialidad a las normas de derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas, por lo cual éstas ya no son únicamente normas sociales, costumbristas (consuetudinarias) o reglas de comportamiento social particulares de estos grupos, sino que adquieren la misma obligatoriedad y entidad que las normas jurídicas estatales: un derecho objetivo de tipo igualitario que obliga al Estado, al mismo tiempo, a modificar sus estructuras jurídico-monistas<sup>10</sup>.

Por otra parte, implícitamente, el Estado renuncia al monopolio de la producción normativa vinculante y acepta que otras normas que no tienen el pedigree de validez tradicional, existan legitimadas por la inminencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario con potencialidades de interrelación.

Finalmente, se pone en un plano de igualdad a otros sistemas de justicia aplicados por los pueblos y nacionalidades indígenas distintos del estatal<sup>11</sup>.

Ante eso, ¿cuál es la mano invisible que permitiría que una pluralidad de sistemas jurídicos diversos y diferentes pueda coexistir? La Constitución de 2008 nos dice que es la interculturalidad lo que haría posible esta realidad. Sin embargo, no la desarrolla, sino que se limita a dibujar una tenue fron-

---

Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p. 181. El proyecto político inicia en 1986 a partir de la propuesta de la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE).

7 Véase Constitución del Ecuador, 2008, Art. 56.10.

8 *Ibid.*, Art. 171.

9 García Serrano, Fernando, “Jurisdicción Indígena. Del monismo jurídico a la interlegalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, Quito, p. 484; y, Néstor García Canclini, *op. cit.*, p. 59.

10 Chávez, Gina, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Quito, p. 82.

11 Sostengo que la interculturalidad abre un espacio más amplio de relación con otros sistemas culturales, tales como el acervo de derechos positivos que traen consigo las personas extranjeras, el estatuto de derechos humanos con pretensiones de universalidad, y las distintas regulaciones supra, trans y paraestatales.

tera para delimitarla de manera parecida como sucede en los ordenamientos geopolíticos: sólo reproduce una ficción que limita el ámbito de actuación a ambos lados de aquella, pero no construye los caminos cotidianos de comunicación y encuentro entre los pueblos.

No obstante, la interculturalidad, como realidad social, ha operado y ya existen algunos caminos no oficiales (trochas) que se vienen ensayando desde siempre. ¿Qué caminos faltan para una justicia intercultural? Sobre los caminos que faltan se ha hablado mucho en Latinoamérica, pero poco se ha dicho sobre los caminos que urge construir. El objeto de este trabajo es establecer una hoja de ruta que ayude a encontrar esos caminos con el fin de construir el espacio jurídico-político de la relación intercultural, donde los sistemas de justicia puedan coexistir en un plano de igualdad, participación y coordinación, tal como lo dispone la Constitución vigente<sup>12</sup>.

He dividido este trabajo de la siguiente manera: 1) *El punto de partida y las rutas posibles: la justicia intercultural*, mediante el cual intentaré explicar lo que entendemos por “justicia intercultural”. El énfasis en esta parte será doctrinal; 2) *El personal expedicionario: las autoridades y las personas*. Aquí se buscará explicar, básicamente, las formas de reconocimiento y roles de cooperación entre los sujetos procesales; y, 3) *El punto de llegada: el territorio, la jurisdicción y las competencias*, en el cual se analizará los “posibles caminos” que deben construirse o fortalecerse para asegurar la interrelación entre los sistemas jurídicos y de justicia indígena, y sistema de justicia estatal. Existen algunos ejemplos que hemos buscado sistematizar<sup>13</sup>.

12 Véase *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 171.

13 Véase Anexo I.

## II. El punto de partida y las rutas posibles: la justicia intercultural

### 2.1. El camino recorrido

#### 2.1.1. Del legalismo postcolonial al constitucionalismo multicultural

En las sociedades contemporáneas, la diversidad es un hecho real más allá de los posicionamientos políticos y las luchas por superar el colonialismo. El mundo actual es plenamente megadiverso<sup>14</sup>. Coexisten imbricados varios niveles de administración del poder que funcionan junto con los estatales. Uno de esos niveles corresponde a la justicia.

Es así que en este entorno, durante la década de los noventa en América Latina, la lucha de los movimientos indígenas en varios países, como consecuencia de la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>15</sup>, llevó al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, y de sus derechos colectivos<sup>16</sup>. No obstante, este reconocimiento no superaba la simple formalidad y no se instrumentaba en políticas permanentes e integrales. Las pocas que se dieron profundizaron la tendencia integracionista o de asimilación, el paternalismo estatal, el empobrecimiento y la exclusión de los pueblos indígenas<sup>17</sup>.

En Ecuador, la Constitución de 1998 marcó el nacimiento de una nueva forma de concebir el Estado y sus manifestaciones, la participación política y las relaciones sociales, mediante lo que se podría llamar “cons-

14 Bonilla, Marcelo, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 54.

15 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989.

16 Zamudio, Teodora (comp.), *Calidad Legislativa Indígena en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, BID, 2003, p. 7. Según este informe, de 113 indicadores para medir la calidad legislativa respecto de la legislación indígena, Ecuador cumple con 71, y se encuentra en cuarto lugar. Colombia (75), Bolivia (72) y Nicaragua (72).

17 Dandler, Jorge, *op. cit.*, pp. 122-123.

titucionalismo multicultural”<sup>18</sup>. Por medio de la resistencia del movimiento indígena, representado por *Pachacutik-Nuevo País* y algunos partidos de centroizquierda, se amplió el estatuto de derechos<sup>19</sup> y se codificaron las garantías constitucionales, los principios de la justicia, los mecanismos de la independencia judicial externa y el sistema de control de la constitucionalidad conseguidos, básicamente, en las reformas constitucionales de 1992 y 1996.

Dentro de esas modificaciones, el reconocimiento de las *funciones de justicia indígena* fundados en la aplicación de normas y procedimientos propios, cuya fuente fueren sus costumbres o el derecho consuetudinario, llevaría al legislador constituyente a introducir el mandato de asimilar, mediante una ley, a estas funciones diferentes con el sistema único y dominante al cual debían estar subordinadas: el sistema nacional de justicia<sup>20</sup>. Lo que se podría denominar una especie de *justicia multicultural igualitario-proporcional*, según la cual se estableció tratos diferentes a grupos diferenciados por sus formas particulares de justicia<sup>21</sup>.

Estos cambios buscaron reproducir en la naturaleza de la administración de justicia del Estado una integración pluricultural y multiétnica<sup>22</sup>, y abrir las puertas en los siguientes años, para restringir o ampliar, los alcances, las competencias y las limitaciones de la administración de justicia estatal, cuando entrara en conflicto con los sistemas de justicia indígena. No obstante, más allá del bloqueo sistemático a las propuestas legislativas para “compatibilizar” estas funciones (en realidad, asimilar) con la justicia estatal, se logró una especie de respeto social y tolerancia *folklórica* desde la legalidad oficial a lo diferente<sup>23</sup>:

18 Walsh, Catherine, “Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico”, en Salgado, Judith, *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, p. 24.

19 Cfr., Andrade, Pablo, *op. cit.*

20 Constitución del Ecuador, 1998, Art. 171.

21 Chávez, Gina, *op. cit.*, p. 71.

22 Constitución del Ecuador, 1998, Art. 1.

23 Pacari, Nina, “Pluralidad Jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida”, en Salgado, Judith (ed.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, p. 86.



es necesario acentuar que, en el análisis, no se trata de señalar supremacías de uno u otro ordenamiento jurídico, sino señalar que *son distintos pero pueden convivir con armonía en una sociedad incluyente y en un Estado que se ha declarado como pluriétnico y pluricultural* (sic).

En realidad, con esto se puso en vigencia la famosa doctrina de “iguales, pero separados” que tuvo tanto éxito antes de la reforma jurisprudencial de la Corte *Warren* durante los años cincuenta y sesenta en los Estados Unidos, según la cual no se violaba el principio de igualdad constitucional mediante la separación de las personas racial y culturalmente distintas en el espacio público. Así, se permitía que existieran escuelas para negros y para blancos, pues se entendía que a ambos se garantizaba el derecho a la educación, aun cuando, en realidad, fuera en condiciones estructuralmente desiguales<sup>24</sup>.

No obstante, la Constitución de 1998 amplió el proceso de democratización, el cual se vio truncado justamente por la incapacidad del movimiento indígena de realizar un proyecto legitimado ante los estratos mestizos de clase media<sup>25</sup>, y los mitos y miedos que se tejieron alrededor de la mal entendida justicia indígena. Detrás de estos mitos, en realidad operaba un desconocimiento de los valores propios del sistema jurídico ancestral<sup>26</sup>.

Como propuesta se presentaría el “*Anteproyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*”, que se fundamentó en una codificación realizada por la Comisión de Asuntos Indígenas y otras Etnias del Congreso Nacional durante el 2001, este fue elaborado por académicos de la Universidad Andina Simón Bolívar<sup>27</sup>. Nunca pasó del primer debate; el

24 Cfr., *Semblanza del Sistema Jurídico de los Estados Unidos*, Oficina de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, pp. 26-28. Esta doctrina jurisprudencial comenzó con la sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896) y fue cambiada por la sentencia *Brown vs. Junta de Educación* (1954).

25 Andrade, Pablo, *op. cit.*

26 Poveda, Carlos, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en Revista Foro No. 8, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, Quito, p. 183.

27 Andrade Ubidia, Santiago, *op. cit.*, p. 144. Este grupo de investigación estuvo integrado por Ximena Endara, Agustín Grijalva y Julio César Trujillo, y contó con el apoyo de Projusticia y el Banco Interamericano para el Desarrollo (2000-2001).

proyecto fue archivado por la Comisión de lo Civil y Penal del Congreso Nacional<sup>28</sup>.

### 2.1.2. La emergencia del constitucionalismo intercultural

Era necesario adoptar una nueva estrategia política que lograra darle viabilidad a los sistemas de justicia indígena ya reconocidos. La interculturalidad es propuesta por la COANIE en 1998, como un proceso y proyecto social ético y político que buscaba transformar radicalmente las estructuras, las instituciones y relaciones de la sociedad<sup>29</sup>. Esta propuesta se basó en la necesidad de construir el diálogo intercultural como mecanismo de construcción de una sociedad igualitaria e incluyente de todas las culturas, y que, a su vez, viabilice la plurinacionalidad<sup>30</sup>.

Este diálogo intercultural, según el esquema propuesto por Josef Estermann, sería una forma de comunicación y de construcción del conocimiento entre las culturas (filosofía de la experiencia)<sup>31</sup>, pero también un cambio ideológico para la transformación social y la materialización de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades<sup>32</sup>. En lo jurídico, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas en octubre de 2007, tomando en cuenta el camino recorrido luego del Convenio 169 de

28 Stavenhagen, Rodolfo, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006, p. 18, párr. 61.

29 Walsh, Catherine, *Interculturalidad y Plurinacionalidad. Elementos para el debate constituyente*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008, p. 7.

30 Confederación de Nacionalidades Indígenas (COAIE), *Propuesta Mínima de un Estado Plurinacional*, 2008. Cfr. Canclini, Néstor García, *op. cit.*, identifica tres grandes tendencias teóricas con sus correlativas políticas y problemas para explicar la fenomenología que es parte de este debate: a) la diferencia-multiculturalismo-política de la inclusión (ciudadanía), b) la desigualdad-interculturalidad-política de la tolerancia (resistencia), y, c) la comunicabilidad-interculturalidad-política de la conexión (diálogo). El proyecto político de la COAIE parecería estar enmarcada dentro de la última de estas visiones.

31 Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ediciones Abya Yala, Quito, 1998. pp. 13-45.

32 Ávila Linzán, Luis Fernando, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de

la OIT<sup>33</sup>. Posteriormente, devino la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001 en la cual se adoptó el lenguaje de la diversidad<sup>34</sup>.

Sobre esa base, se incorporó en la Constitución de 2008 el principio de interculturalidad como eje transversal en cuatro dimensiones. Primero como integrante de la naturaleza del Estado con el fin de hacer posible la plurinacionalidad<sup>35</sup>, segundo como principio-guía de la actividad estatal y las políticas públicas<sup>36</sup>; tercero como principio de interpretación constitucional<sup>37</sup>, y, cuarto como principio articulador de los procesos sociopolíticos de diálogo para la construcción de una nueva sociedad<sup>38</sup>.

En el ámbito de la justicia, esto implicó la constitucionalización de los sistemas jurídicos y de la justicia indígena, sobre un plano de igualdad. Ya no se busca la asimilación al orden nacional de las formas de justicia indígena, sino la coordinación y cooperación entre aquellas<sup>39</sup>. Esto es, sin duda, una derivación, además, de la renovada naturaleza del denominado Estado consti-

---

Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 205; Santos de Souza, Boaventura, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Ediciones Uniandes, Bogotá, p. 357. Boaventura utiliza la denominación de diálogo “multicultural” o “transcultural”, pero el contenido conceptual apunta hacia el mismo sentido. Este autor pone énfasis en las relaciones globales y la construcción de espacios de resistencia contrahegemónica y desregulación estatal hacia un estado de naturaleza cercano a la sociedad pensada por Rosseau.

33 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, res. 61/295, sexagésimo primer período de sesiones, octubre 2007.

34 Asamblea General de la UNESCO, *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, Sesión 31,21 noviembre 2001.

35 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 1.

36 *Ibid.*, p. ej., Art. 16 (comunicación) y 27 (educación).

37 *Ibid.*, p. ej., Art. 11.2 (identidad cultural como elemento de la igualdad) y 11.7 (la progresividad de los derechos incorpora como fuente los sistemas jurídicos de los pueblos y nacionalidades). No obstante, se debe establecer que todas las menciones sobre interculturalidad del texto constitucional pueden ser consideradas como principios de interpretación constitucional para entender el alcance y limitaciones de los derechos.

38 *Ibid.*, p. ej., Art. 2 (la inclusión del quichua y el shuar como idiomas oficiales de relación intercultural), y Art. 28 (la obligación del Estado de promover el diálogo intercultural).

39 Ávila Linzán, Luis Fernando, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 242.

tucional de derechos y justicia, donde las/os operadoras/es de la justicia tienen un rol creativo<sup>40</sup>, y la justicia tiene el potencial de convertirse en una tribuna de los excluidos y en un renovado espacio de legitimación de la democracia latinoamericana<sup>41</sup>.

También, en el mismo ámbito se estableció el ejercicio colectivo de los derechos —no sólo los individuales sino aquellos que en la dogmática se consideran colectivos—. Lo cual tiene una doble incidencia. Por un lado los derechos colectivos se materializan como un derecho humano constitucionalizado; y, por el otro, se abre a su exigibilidad colectiva, lo cual fortalece las propias particularidades comunitarias indígenas, así como la ampliación del espectro de los derechos —ya no sólo los individuales, tales como el derecho a la vida—, su integralidad y lo que se podría denominar un derecho a la pluriculturalidad<sup>42</sup>.

## 2.2. El camino por recorrer

Catherine Walsh, luego de aprobada la Constitución de 1998, ya advertía que la sola constitucionalización, legalización o juridización de las nuevas formas que adquirirían los sistemas de justicia indígena no significaba alcanzar *per se* el anhelo de una sociedad intercultural, puesto que ésta respondía a un proceso social continuo y permanente; sin embargo, admitía que muchas de las relaciones de poder de la sociedad están insertas en las leyes<sup>43</sup>. En otras palabras, la falta de legislación para regular la interrelación entre las justicias indígenas y la estatal, no ha impedido el ejercicio de la justicia indígena en la práctica coexistiendo con la justicia estatal<sup>44</sup>:

40 Montaña, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ávila Santamaría, Ramiro y otros (eds.), *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 195.

41 Correa Sutil, Jorge, “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?”, en Méndez Juan, O’Donnell Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (compiladores), *“La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina”*, Paidós, Buenos Aires, 2002. p. 278.

42 Trujillo, Julio César y otros, *Justicia Indígena en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2001, p. 34.

43 Walsh, Catherine, *op. cit.*, pp. 27-28.

44 Stavenhagen, Rodolfo, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y

en las realidades locales han sobrevivido prácticas de justicia, normas y actores comunales que han seguido regulando los conflictos conforme a sus propios principios legitimados, pero también haciendo uso de normas, recursos e instituciones que el modelo estatal ha implantado, lo que ha producido una coexistencia de diversos órdenes legales y diversos operadores que interactúan<sup>45</sup>.

Esto demuestra, además, que las sociedades contemporáneas son plurales y diversas más allá del reconocimiento formal<sup>46</sup>.

Fue así entonces que, como parte de una de la certeza de las clases dominantes sumado a la tradición legalista de nuestra América, se provocó el bloqueo político para el Proyecto de Ley para la Compatibilización de las Funciones de Justicia Indígena con el Sistema de Justicia Nacional<sup>47</sup>. Hay que considerar, la incapacidad de los movimientos indígenas de movilizar a la opinión pública y a los sectores mestizos a favor de la discusión sobre la justicia indígena<sup>48</sup>.

No obstante, luego de promulgada la Constitución de 2008, a partir del mandato concreto del artículo 171, se propone una Ley para la Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria<sup>49</sup>. Este mandato busca identificar los lugares de encuentro de los sistemas de justicia indígena con el sistema estatal bajo el entendido de la igualdad. Pero no significa que deba ser, necesariamente, un solo cuerpo legal el que se encar-

---

las libertades fundamentales de los indígenas”, resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006, p. 18, párr. 62.

45 Regalado, José, “Criterios para un Modelo de Regulación Plural en el Perú”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 78.

46 Santos de Souza, Boaventura, “Los Paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Santos de Souza, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Panamerica Formas, 1ra. reimpresión, Bogotá, 2004, p. 132.

47 García, Fernando (coord.), *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, FLACSO, Sede Ecuador, Quito, 2007, pp. 49 y 50, Internet, [http://www.flacso.org.ec/docs/convenio\\_oit2.pdf](http://www.flacso.org.ec/docs/convenio_oit2.pdf).

48 Espinoza, Roque, “Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena”, en Salgado, Judith (ed.), *Justicia Indígena. Apuntes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, p. 60.

49 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 171.

que de esta regulación, puesto que la misma disposición citada determina que se regule, también, los límites externos dentro de los cuales se desarrollan los sistemas de justicia indígena.

El camino que falta por recorrer está en el mismo estado que la interculturalidad y el pluralismo jurídico de la Constitución de 2008: en construcción. Apenas se han abierto trochas que pueden llevarnos hacia una justicia intercultural.

Dos trochas van delineando el camino en la oscuridad de las categorías-conceptos jurídicos, y las prácticas concretas de interrelación. De esta manera, se han regulado dos presupuestos externos a la actuación de estos sistemas: a) la autolimitación de la justicia ordinaria respecto de los sistemas de justicia indígena o deber de abstención judicial<sup>50</sup>, y, b) la potencial restricción por la trasgresión de los derechos humanos.

La primera trocha consiste en una regulación que se la realizó mediante la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, donde se establece el Título VIII: “Relación de la Jurisdicción Indígena con la Justicia Ordinaria”<sup>51</sup>.

En esas disposiciones se trata de regular el deber de abstención de las autoridades de la justicia ordinaria (juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores) cuando se constate la existencia de hechos que están siendo conocidos por una autoridad de justicia indígena que se instrumenta en la “declinación de la competencia”<sup>52</sup>. Debemos recalcar que este presupuesto se espera que opere como un espacio de maximización de la justicia indígena y como una autolimitación de la justicia ordinaria<sup>53</sup>. La maximización está asegurada en el sentido de que en la voluntad expresa de la autoridad de la justicia indígena está la potestad de reclamar la competencia y demostrar sumariamente su calidad de autoridad. La negativa no excluye, por supuesto, la activación de los mecanismos de garantía y control constitucional generales a la pluralidad jurídica.

50 Ávila Linzán, Luis Fernando, “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 76.

51 Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343-346.

52 *Ibid.*, artículo 345.

53 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-349/96 y C-037/96.

La segunda trocha es la que se desarrolló en la reciente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aprobada, en la cual se estableció como objeto de una acción de protección por la actuación inconstitucional de una autoridad de la justicia indígena, por violación de los derechos, y la discriminación en contra de la mujer “por el hecho de ser mujer”<sup>54</sup>.

Ahí la restricción ocurre en cuanto las prácticas de la justicia indígena pasen la frontera puesta a todos los sistemas de justicia. No obstante, este mecanismo no garantiza totalmente la maximización de la justicia indígena, puesto que no permite a aquella reparar por sí misma las violaciones desde su propia realidad, sino que autoriza la actuación directa y unilateral de la Corte Constitucional.

Debió establecerse un mecanismo por el cual la actuación de esta Corte fuera subsidiaria al propio mecanismo interno de las justicias indígenas. Aunque esto no quiere decir que la Corte, sin embargo, mediante su jurisprudencia, permita en el futuro la reparación *a priori* por parte de las autoridades de la justicia indígena. En todo caso, no debe ocurrir lo mismo que, en la experiencia de la Corte Constitucional colombiana, quien ha roto procesos de auto-reflexión sobre los alcances de sus prácticas y de asunción (no asimilación) de patrones que pudieran resultarles benévolos del mundo occidental<sup>55</sup>. En otras palabras, dejemos que ellos mismos corrijan e interioricen el cambio de sus patrones culturales de decisión.

54 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 65-66.

55 Sánchez Botero, Esther, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, Bogotá, 2006, pp. 173-279; de la misma autora, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares”, en Huber, Rudolf, (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 139. En estos trabajos, la autora presenta algunos casos en los cuales la Corte actúa y —a pesar de que las autoridades indígenas manifiestan estar conscientes de los cambios que deben realzar en sus prácticas para humanizar su derecho (desde su propia comprensión)— ha intervenido. Es particular el caso de los gemelos del pueblo *Paez*, en donde la Corte decide que, en aplicación del principio de interés superior del niño y por un sentido de precaución, no se le podía devolver a la comunidad, que hicieran un ritual para restablecer el equilibrio comunitario y espiritual; aun cuando las autoridades aseguraban que consideraban que la tradición no había sido apli-

En todo caso, el intervencionismo judicial es un mecanismo óptimo pero no suficiente, puesto que puede legitimar un tecnicismo-academicista abstracto que, a su vez, puede desvincular la práctica social y diferenciada de los pueblos y nacionalidades. El otro extremo sería caer en un activismo ciego que no instrumente los mecanismos de exigibilidad de derechos a favor de los pueblos<sup>56</sup>.

En todo caso, el problema más grave del intervencionismo de la justicia estatal es que el juego decisionista ocurre en su cancha, donde el poder simbólico y la intolerante deslegitimación del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas de los operadores de justicia, terminaría asimilando las prácticas de la justicia indígena, y acatando lo diferente en lo que no cuestiona la lógica oficial. Puesto que, como lo demuestra Bonilla, siguiendo el esquema de *Bourdieu*, la deslegitimación por parte de los operadores de justicia ocurre por su posición hegemónica en el campo jurídico<sup>57</sup>.

Destaca en la regulación que comentamos su énfasis en la garantía de las mujeres. Este punto es interesante toda vez que —tradicionalmente— se ha visto desde los modos de pensar y vivir de los pueblos indígenas que las plataformas de género eran intrusiones occidentales en una cultura que concebía a mujeres y hombres como complementarios y no como diferentes. No obstante, la aparición de varias organizaciones de mujeres indígenas ha evidenciado que las mujeres son discriminadas tanto por la justicia ordinaria como por la indígena<sup>58</sup>.

Ambas regulaciones establecen un conjunto de principios que no norman el espacio de interrelación, sino que introducen el nuevo lenguaje de la justicia intercultural, que permitiría a la actividad de los sistemas de

---

cada en años y que en este caso sólo se buscaba realizar un ritual sin daños físicos o morales para el niño. La Corte pudo haber comprometido su seguimiento, por medio de la Defensoría del Pueblo o de sí misma y brindar la oportunidad al pueblo *Paez* de reparar su propia violación y permitir el cambio consentido de sus prácticas ancestrales.

56 Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 302-308.

57 Bonilla, Marcelo, *op. cit.*, pp. 58 y 66. El autor hace referencia especial al famoso caso “La Cocha”, en el cual el Juez Segundo de lo Penal se inhibió de conocer de un caso que estaba en conocimiento de la justicia indígena, aplicando el principio *non bis in idem*, desagregado del Convenio 169 de la OIT. El autor hace notar que la justicia oficial vio esta decisión como un “*delirio empírico*”.

58 García Serrano, Fernando, *op. cit.*, p. 492.



justicia en diálogo intercultural delinear este espacio de contornos aún borrosos.

Estos principios tienen el potencial de abrir el camino que viene y hacer de estas trochas, que son aún parajes de la insurgencia judicial, vías permanentes hacia el diálogo intercultural.

Finalmente, estos principios incorporan cuatro grandes ejes: i) interculturalidad estructurada sobre la igualdad de las justicias y la diversidad como fuente de la interrelación; ii) pluralidad jurídica; iii) autonomía, entendida como maximización y mínima intervención estatal en los sistemas de justicia indígena; y, iv) apropiación de elementos de la cultura para la participación de los pueblos y nacionalidades en la justicia ordinaria.

Estos lenguajes tienen como fin fundar los nuevos códigos de la interrelación de las justicias, sobre la base de principios consensuados y no necesariamente universalizados, o como nos propone Boaventura de Sousa Santos:

- i. La dignidad humana: todas las culturas tienen una noción propia y que debe ser entendida;
- ii. La incompletud de todas los presupuestos culturales particulares; y,
- iii. A su vez, la completud de estos mismos presupuestos<sup>59</sup>.

La complementariedad de estos códigos culturales son los que buscan construir una nueva semiótica social que den vida a un derecho muerto en el legalismo liberal y que debemos sepultar con las herramientas de la emancipación social. Algunas de esas herramientas pueden ser la justicia y los sistemas de derechos distintos del estatal.

---

59 Santos de Souza, Boaventura, *op. cit.*, pp. 352-359.

### III. El personal expedicionario: las autoridades y las personas

#### 3.1. La autoridad y las personas: entre la realidad y la razón formal del proceso

##### 3.1.1. El marco de reconocimiento

El *Convenio 169 de la OIT* establece un régimen de reconocimiento de la justicia indígena en tres niveles.

Autoridad:

- (1) El primer nivel de tolerancia positiva o de asimilación. En tanto, el artículo 8 establece que la legislación nacional deberá tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario, es decir, modifica el sistema de fuentes formales del derecho; que serán respetadas sus propias instituciones en tanto no contravengan el estatuto de derechos humanos, nacional e internacionalmente reconocido, con lo que se está legitimando la naturaleza propia y autónoma de la autoridad y las personas indígenas dentro de los sistemas jurídicos indígenas, siempre que estén dentro de los márgenes del derecho oficial<sup>60</sup>.
- (2) El otro nivel es de tolerancia negativa o de abstención de la institucionalidad judicial estatal. Según esto, se deberá respetar las formas para resolver tradicionalmente los delitos cometidos por los miembros de los pueblos; y, se tomarán en cuenta las costumbres de los pueblos por parte de la judicatura estatal en materia penal (cuando hablemos de la materia, volveremos sobre este punto)<sup>61</sup>.
- (3) El tercer nivel en el cual se abre el espacio para la interrelación, cuando se expresa que deberá contar con mecanismos para resolver los conflictos entre las instituciones estatales y las que son propias de

60 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 8.

61 *Ibid.*, Art. 9.

los pueblos. De aquí se inspiran las propuestas normativas para la compatibilidad, cooperación o participación<sup>62</sup>.

No obstante, en este instrumento internacional la visión política sigue siendo la asimilación cultural, puesto que no se altera en nada la subordinación de los sistemas de justicia indígena, y el monopolio del derecho y la judicatura estatal. Además, se coloca al derecho propio y los sistemas jurídicos indígenas como “categorías sospechosas”, y por tanto, potencialmente contrarias o peligrosas al derecho oficial.

- (4) Un cuarto nivel de autonomía se añade al positivarse en la reciente *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*<sup>63</sup>, dos grandes principios: a) El primero sobre la autodeterminación (derecho a la libre determinación), que es una categoría atenuada del principio de autodeterminación de los Estados del Derecho Internacional Público<sup>64</sup>, y, b) el de autogobierno (mantener y reforzar sus instituciones, entre ellas, las jurídicas), dentro de las normas internacionales de derechos humanos<sup>65</sup>.

Este nivel es importante porque reconoce sustantividad al derecho propio de los pueblos y nacionalidades, a las formas de realizar la justicia, y las pone en un plan de igualdad con el derecho oficial, aun cuando, simbólicamente, sigue conservando el prejuicio sobre la potencial peligrosidad de estos sistemas. Y le permite tener control sobre la organización política respecto de la realización de la justicia.

- (5) Frente a esto, la Constitución del Ecuador vigente, incorpora un quinto nivel de especificidad: a) se reconoce una mayor diversidad de colectividades a más de los pueblos: las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas; b) se enfatiza en la peligrosidad del derecho propio en relación con los derechos de niños, niñas, adolescentes y mujeres; y, c) se reconoce una jurisdicción especial indígena. Es importante notar que no se reconoce expresamente estos

62 *Ibid.*, Art. 8.1.

63 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, Art. 3.

64 Carta de Naciones Unidas (1945), Art. 1.2.

65 *Ibid.*, artículos 4, 5 y 34.

derechos para otros grupos culturales, tales como los montubios y afroecuatorianos<sup>66</sup>.

Según esto, la autoridad de justicia indígena y la participación de las personas indígenas es autodeterminada, autónoma e integral. Deciden cuánto, cuándo, cómo y qué. El “hasta...” es un adverbio reservado aún al derecho estatal.

### 3.1.2. Los supuestos de la interrelación de las autoridades y las personas

Hemos denominado como “supuestos de interrelación” a algunos elementos generales que pueden ayudar a entender la naturaleza propia de la autoridad dentro de los sistemas de justicia indígena. A pesar de la enorme intra y extra diversidad existente en estos sistemas, vamos a intentar establecer algunas características de interrelación:

- (1) La autoridad estatal está en ventaja, y en nivel de competencias no igualitario. La autoridad estatal dispone de recursos. La naturaleza de la autoridad indígena no proviene de la racionalidad *weberiana* de la organización estatal: la burocracia profesionalizada.
- (2) Tiene su legitimidad en las formas organizativas propias de cada comunidad<sup>67</sup>. Su legitimidad tiene una gran carga simbólica. Es lo que se ha denominado como *sistema de cargos*, que es el conjunto de responsabilidades comunitarias que le corresponden como miembro de una comunidad<sup>68</sup>. Entre éstas, consta la de dirigir la discusión comunitaria para resolver los conflictos. Pero esto no es una práctica institucional estructurada —si se quiere burocratizada—, sino que forma parte de una responsabilidad cotidiana.
- (3) La autoridad está imbricada y entrelazada por la influencia de la cultura dominante y su derecho positivo. Así tenemos los cabildos, o autoridades estatales actuando con funciones indígenas, tales como

66 Constitución del Ecuador, 2008, artículos 57.10, 59 y 171.

67 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 17.

68 Laura, Carlsen, “Autonomía indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición”, Revista Chiapas, México, internet, <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota26.htm>.

las juntas parroquiales, los alcaldes, etc.<sup>69</sup> Pero las autoridades de justicia indígena tienen particularidades propias. Una de estas, tal vez la más importante, es su naturaleza comunitaria. A diferencia de la concepción de lo jurídico desde la administración de justicia estatal, en la perspectiva indígena está enlazado y entrelazado en la organización social y política, con la práctica de la justicia. Los fines que se buscan con la actuación de la autoridad de la justicia indígena son la armonía y el equilibrio comunitarios<sup>70</sup>.

- (4) No ejercer una actividad remunerada ni permanente —esto no quiere decir que no deba serlo—, aunque la comunidad suele colocar recursos en especie para la celebración de los procesos de la justicia indígena. Luego, se vuelve a las labores normales. La autoridad aparece para el caso concreto y se integra colectiva y espontáneamente para resolver el conflicto con valor simbólico correspondiente, en los espacios comunes, cotidianos. Mientras en la justicia estatal, los despachos judiciales son los lugares exclusivos para el procesamiento de los conflictos, mediante un ritual estandarizado<sup>71</sup>.

## Las personas

- (1) El proceso de acumulación capitalista de la sociedad mestiza es contrario al que se puede advertir entre los pueblos y nacionalidades indígenas. El prestigio se adquiere en la medida en que se compartan los excedentes, y no por la sola acumulación de bienes sin sentido<sup>72</sup>.

69 Cruz Rueda, Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 41.

70 Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario en América Latina”, en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p. 41.

71 *Ibid.*, p. 42.

72 Granizo, Asdrúbal, “Derecho de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica”, en Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (COANIE), Quito, 2002, p. 40.

No obstante muchas comunidades están sustituyendo estas estructuras económicas por las propiamente mestizas, debido al influjo de los valores del mercado general.

- (2) El mal servicio y lo que se podría denominar exigibilidad de justicia no es exclusivo de la justicia ordinaria ni de la indígena. Es posible que los conflictos tampoco se resuelvan por una mala actuación de la justicia indígena. Se debe garantizar un mecanismo para enervar un mal servicio de justicia parecido al que tienen las servidoras y servidores de justicia. Hay quienes han opinado que sean las propias instituciones nacionales de la judicatura<sup>73</sup>. No estamos de acuerdo con esto, puesto que la integración de esta institución estatal no es plurinacional, lo cual tendría el potencial de convertirse en una política de asimilación al orden dominante. Deben ser sus propias autoridades corregir, con sus reglas, estas posibles desviaciones.

#### IV. El punto de llegada: el territorio, la jurisdicción y las competencias

##### 4.1. El territorio

###### 4.1.1. El marco de reconocimiento

El *Convenio 169 de la OIT* incorpora el concepto de territorio como una obligación de los Estados, que va más allá del valor material o económico que puede tener la tierra. El territorio no es una mercancía que encierra en sí el proceso de acumulación histórica del capital, sino que inspira una realidad colectiva o comunitaria, de relación espiritual, ritual o metafísica con la naturaleza que debe ser considerada<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 188.

<sup>74</sup> Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 13; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua*, 31 agosto 2001. En este caso, se decidió que el Estado de Nicaragua no había cumplido con el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad *Awas Tigni*. Incorpora los conceptos: patrón de uso de la tierra y continuidad histórica de la tenencia, que en-

*La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* incorpora el territorio como un derecho colectivo, y lo amplía a otros recursos relacionados: tierras, mares, costas, mares y otros recursos<sup>75</sup>.

La Constitución de 2008 diferencia entre las tierras ancestrales y el territorio sin definirlos. Junto a esto reconoce la especificidad de los estamentos sociales colectivos que son sujetos de derecho (comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades)<sup>76</sup>.

Este marco de reconocimiento es bastante amplio, aunque no da la posibilidad de que sean ellos quienes determinen qué relación tienen o quieren tener con el territorio. Esta relación es mucho más compleja y no responde necesariamente a los estándares fijados.

#### 4.1.2. Los supuestos de interrelación respecto del territorio

El territorio es importante para efectos de la jurisdicción indígena, pues fijaría en qué lugares puede ejercerse. Ponemos a consideración las siguientes características:

- (1) La justicia indígena no opera necesariamente sobre el espacio físico determinado, sino que puede ir más allá. Debe ser entendido por medio de estudios antropológicos para el caso concreto. Debe tenerse en cuenta, que esta territorialidad, al igual que la autoridad, se fija bajo las reglas de la comunidad y no, necesariamente, bajo los mandatos normativos estatales, como por ejemplo, lo dispuesto en la Ley de Comunas<sup>77</sup>.
- (2) Hay que distinguir entre tierra, como espacio físico determinado, y territorio que incluye varios elementos adicionales como el ejercicio del poder y control de los recursos humanos y físicos<sup>78</sup>. El territorio

---

tran en conflicto con los elementos del derecho tradicional respecto de la posesión y propiedad civil, a partir de una estrategia indirecta de interpretación comenzando por el artículo 29 del Pacto de San José, y los elementos de los peritajes antropológicos.

75 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, Art. 25.

76 Constitución del Ecuador, 2008. Art. 57.5.

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

78 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, p. 45.

para los indígenas tiene, además, un componente espiritual y cosmogónico que le da una dimensión que no puede ser, necesariamente, materializada. Lo más parecido en el mundo occidental, sin entrar en análisis académicos adicionales, puede ser el concepto común de “comunidad” (comunidad de naciones, comunidad universitaria, comunidad virtual).

## 4.2. La jurisdicción

### 4.2.1. Marco de reconocimiento

Ni el Convenio 169 de la OIT ni la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* reconoce jurisdicción a los pueblos indígenas<sup>79</sup>. Esto guarda relación, por supuesto, con la naturaleza abstracta y general que tienen los instrumentos internacionales, particularmente las declaraciones y tratados; pero, también, verifica la voluntad de la Comunidad Internacional de establecer un espacio de flexibilidad, que viabilice la adopción del mayor número de países de este instrumento, pero, también, para otorgar una margen de creatividad a los Estados para poder establecer las formas de compatibilización, participación y colaboración adecuados.

Así, la Constitución de 2008 reconoce dicha jurisdicción<sup>80</sup>. No obstante, incorpora algunos elementos que la restringen en comparación con el reconocimiento otorgado por la Constitución de 1998<sup>81</sup>.

El primer elemento es que la jurisdicción se entiende aplicable únicamente “dentro de su ámbito territorial”. Más allá de las cuestiones semánticas, toca dilucidar si se refiere al concepto de territorio que ya tratamos líneas atrás, o al tradicional elemento territorial de la jurisdicción estatal. De ser éste el caso, se estaría añadiendo una limitación incompatible con la forma de realizar los sistemas de justicia indígena. La justicia indígena opera mediante lazos comunitarios y no necesariamente está vinculada a un espacio fí-

79 Yrigoyen Fajardo, Raquel, “Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”, en Yrigoyen, Raquel, *Pautas para el Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y su Coordinación con el Derecho Estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, p. 1.

80 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 171.

81 *Ibid.*, 1998, Art. 191.



sico o inmaterial respecto de la autoridad. Existen casos en los centros urbanos, lejos del lugar de origen de la comunidad, donde se han resuelto casos aplicando la justicia indígena. Es el caso particular del pueblo *q'uitu kara* en los sectores periféricos de la ciudad de Quito.

Luego, la justicia indígena no es un sistema homogéneo, tal como se lo reconoce constitucionalmente: la “jurisdicción indígena”. De hecho, la lógica de “jurisdicción” no necesariamente empata con las categorías similares dentro de los sistemas jurídicos y de justicia indígena.

El otro limitante que se mantiene de la Constitución de 1998 se refiere a que se permite la aplicación de normas y procedimientos propios “para la solución de sus conflictos internos”. Esta disposición puede tener un impacto negativo respecto de la aplicación de la justicia indígena referente a las personas no indígenas.

El Convenio 169 de la OIT limita la competencia material a los temas penales. Esto tiene razón de ser porque es lo penal lo que causa la mayor fricción entre la justicia indígena y la justicia oficial, y por el énfasis de los primeros antropólogos sobre el estudio de casos asimilables a los penales<sup>82</sup>.

La Constitución vigente no contiene ninguna limitación al respecto.

#### 4.2.2. Los supuestos de interrelación para la jurisdicción

##### 4.2.2.1. *Fuero indígena/mestizo*

- (1) El desconocimiento de los valores y el entendimiento de las decisiones de los sistemas de justicia indígena producen una falsa apariencia de contradicción con los derechos humanos<sup>83</sup>. Es necesario entender por medio de peritajes antropológicos estas normas del derecho propio. Esto no quiere decir que no existan prácticas violatorias de los derechos humanos en el ejercicio de la jurisdicción indígena, tal como sucede en la jurisdicción ordinaria. La gente puede ser cosificada en una o en otra cultura. Esta-

82 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 8.

83 Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 183

blecer que la justicia indígena debe someterse a los derechos humanos, es ponerla en tela de duda y en subordinación a la cultura occidental.

Este discurso constitucional no ayuda a desmitificar el prejuicio sobre la justicia indígena, puesto que presupone que ésta tiene un potencial de violar los derechos humanos. Esto nos lleva a implementar una hermenéutica desde las diversidades. Boaventura de Sousa Santos propone lo que él llama la “interpretación diatópica”, que consiste en tratar de deconstruir los derechos sobre el entendido de presupuestos mínimos que son comunes a todas las culturas<sup>84</sup>. Esto se funda sobre la perspectiva adoptada por Malinowski de considerar que toda cultura, por primitiva que parezca, tiene derecho y un sentido propio de la justicia:

La amenaza de coerción y el miedo al castigo no afectan al hombre medio, tanto salvaje como civilizado [...] Asimismo hay que tener presente que en cada cultura humana hay cierto número de leyes, prohibiciones y obligaciones que pesan mucho sobre cada ciudadano, exigen gran sacrificio personal y sólo son obedecidas por razones morales, sentimentales o prácticas, pero sin espontaneidad alguna<sup>85</sup>.

- (2) Toda manifestación de justicia, estatal y no estatal, puede vulnerar los derechos. La denominada justicia por mano propia no es justicia indígena, sino una manifestación de violencia social por la ilegitimidad del sistema estatal de justicia por su incapacidad de resolver los conflictos individuales y sociales. Por otra parte, esta percepción esconde la crisis del positivismo jurídico que busca asimilarlo en sí mismo sin reconocerlo sino formalmente como un derecho meramente “consuetudinario”: en apariencia lo reconoce como diferente pero en el fondo lo obliga a ser igual que él<sup>86</sup>.

84 Santos de Sousa, Boaventura, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, op. cit., p. 357.

85 Malinowski, Bronislaw, *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, p. 28.

86 Cruz Rueda, Elisa, op. cit., p. 37.

- (3) Los sistemas de justicia indígena no diferencian en razón de la materia; las formas de resolver son comunitarias pues participa toda la colectividad<sup>87</sup>. Es erróneo pensar que la materia es sólo penal, puesto que la justicia indígena asume cuestiones diversas que no son de naturaleza sancionatoria, que tienen diversa gravedad y tratamiento “no sólo los que tienen que ver con el robo de gallinas o asuntos de menor cuantía”.
- (4) La competencia material no es determinada. Todos los problemas son resueltos, indistintamente de la materia, dentro de la comunidad<sup>88</sup>.
- (5) La administración de justicia indígena no distingue instancias<sup>89</sup>. Pero si es posible encontrar formas de revisión de lo decidido que no son formales, sino que buscan darle una salida práctica al problema o conflicto. Por ejemplo, un espacio importante es la familia, en la cual se arreglan muchos de los conflictos. El consejo es la resolución más común. Luego, tenemos el espacio propio de decisión que es la comunidad. Y, en algunas comunidades, se encuentran algunas figuras más formales, tales como los cabildos<sup>90</sup>. En este punto, la justicia indígena y la justicia de paz comparten funciones de conciliación de manera parecida. Sin embargo, las formas simbólicas y los mecanismos son claramente diferentes: la jurisdicción en la justicia indígena es obligatoria y no sólo incumbe a las partes, sino a toda la comunidad<sup>91</sup>.
- (6) La justicia indígena no actúa de oficio ni en los casos más graves<sup>92</sup>.

#### 4.2.2.2. *Fuero mestizolindígena*

- (1) La justicia penal estatal sólo debe actuar en casos realmente graves y a petición de parte. En todo caso, si la causa está siendo conocida

87 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 75.

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

89 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 77.

90 García Serrano, Fernando, *Formas Indígenas de Administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 2002, pp. 30-33.

91 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 45.

92 *Ibid.*, p. 78.

por las autoridades de la justicia indígena, la jueza o juez debe abstenerse de conocer. Queda a salvo, la acción de protección contra las decisiones de la justicia indígena que vulneren los derechos establecidos en la Constitución. Citamos un par de ejemplos: (i) En la Ley Indígena de Chile de 1993 se considera la aplicación de la justicia indígena como un eximente o atenuante<sup>93</sup>. En todo caso, sólo se reconoce una modificación en las fuentes del derecho respecto de la costumbre, pero no se está construyendo un pluralismo jurídico; (2) En Argentina en el proyecto de Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén, se estableció que se somete a la justicia indígena si las partes están de acuerdo<sup>94</sup>.

- (2) Los peritajes antropológicos<sup>95</sup> deben ser de doble vía para que ayuden a entender a ellos también la cultura mestiza.
- (3) Es indispensable establecer medidas alternativas a la pena, y garantizar un derecho penal mínimo, propio de un Estado garantista, de acuerdo con lo que determina el artículo 1 de la Constitución vigente. Existen un gran número de personas indígenas que se encuentran detenidas sin sentencia.
- (4) Un punto importante es la implementación de defensorías públicas con un perfil o conocimiento de derecho propio de los indígenas. Estas/os defensoras/es, preferentemente, deberán ser indígenas. Esto ayudará a superar, además, la común percepción de las comunidades indígenas, de que el abogado es una figura lejana de la realidad social, pues no logra entender sus requerimientos. Esto es una forma de violar el derecho de estas personas y colectivos al acceso a la justicia:

He visto cosas muy conmovedoras en relación a esto, entre los comisarios, tenientes políticos. Más aún en sectores rurales. El abogado es visto como un

93 Ley Indígena, No. 19.253, 1993.

94 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 44.

95 Cfr. Cécile Lachenal, “Las Pericias Antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la Justicia Plural. Reflexión a partir del caso de México”, en Rudolf Huber (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.

dios, solamente él tiene que saber. Hay una franca desventaja por el mismo hecho de ser indígena o campesino<sup>96</sup>.

- (5) Se deben adoptar medidas positivas, que permitan la inclusión y reconocimiento del derecho propio en igualdad de condiciones que la justicia estatal<sup>97</sup>. Es importante el reconocimiento del derecho propio de los pueblos y nacionalidades en la medida que, junto con el lenguaje, el derecho permite afirmar o reafirmar la identidad comunitaria. Además, condiciona las relaciones entre las comunidades y el Estado en una dinámica de mutua participación<sup>98</sup>.
- (6) Hay que despenalizar y descriminalizar a la justicia indígena. Se debe limitar la intervención punitiva de la justicia estatal respecto de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuando un delito sea cometido con ocasión de una norma cultural o costumbre comunitaria. El Código Penal peruano (1991) es un referente al respecto<sup>99</sup>.

### 4.3. La participación

#### 4.3.1. Marco de reconocimiento

Si la normativa internacional no reconoce expresamente la jurisdicción indígena, tampoco lo hace respecto de sus competencias, si se toma en cuenta que éstas son manifestaciones derivadas de aquella. Y, por supuesto, las li-

---

96 Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (COANIE), Quito, 2002, p. 101. Cita del taller de opinión de Fernando Sarango.

97 Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego, "Introducción", en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p. 18. Estos autores afirman que en América Latina es posible aplicar medidas negativas y positivas. Las negativas que no aceptan el derecho propio de los pueblos, o que no lo niegan pero no aceptan sus efectos o manifestaciones; y, las positivas que no lo aceptan, pero no niegan sus efectos o manifestaciones, o simplemente lo reconocen y lo incorporan a la legislación nacional.

98 Stavenhagen, Rodolfo, "Derecho Consuetudinario en América Latina", *op. cit.*, p. 28.

99 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 2.

mitaciones a las que hicimos referencia respecto de la jurisdicción, también, afectan el espacio de actuación de la justicia indígena.

Sin embargo, lo que sí menciona la normativa internacional es la obligación de establecer procedimientos para solucionar los posibles conflictos del derecho propio con la normativa oficial<sup>100</sup>.

#### 4.3.2. Los supuestos de interrelación para la participación

El reto para establecer el espacio de interrelación respecto de la participación (las competencias) es encontrar, lo que en Derecho Internacional Privado se denomina norma conflictual, es decir, aquella que contenga un mecanismo para solucionar el conflicto de manera clara y operativa ante una colisión normativa o de sistemas de normas esencialmente distintos.

A continuación, exponemos dos modelos de interrelación de los mínimos comunes. El primero, que podemos denominar como doctrina del mínimo jurídico de acuerdo con el análisis y estructura propuesto por Julio César Trujillo en relación con los estándares construidos por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que puede fijar algunos de los principios para la interrelación de la justicia. Esto es lo que se conoce como líneas jurisprudenciales en la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia<sup>101</sup>.

Y el segundo que hace referencia a la interpretación intercultural de los derechos.

100 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 8.2.

101 López, Diego, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial*, Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2001, pp. 39-41. Puede verse lo atinente al concepto de línea jurisprudencial, formas de reconocimiento e identificación, y efectos en esta misma obra (pp. 55-85). La Corte, a partir de la sentencia T-175 de 1997 establece lo que se conoce como líneas jurisprudenciales. En esta sentencia, la Corte analiza 253 decisiones anteriores sobre tratos discriminatorios en materia laboral, y selecciona la sentencia “controlante” (T-418 de 1996), la cual contenía a la mayor cantidad de casos análogos. Esto permitió desnudar la realidad de que de los casos analizados, 244 casos deben ser revocados porque violan esta sentencia “controlante”. Este mecanismo permite corregir la doctrina jurisprudencial.

#### 4.3.2.1. Modelo del mínimo jurídico

Primera línea de jurisprudencia:

- (1) A mayor conservación de los usos y costumbres, mayor autonomía. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- (2) Las normas legales imperativas (de orden público) estatales u oficiales priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. Los usos y costumbres de la comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas<sup>102</sup>.

Segunda línea jurisprudencial:

- (1) Principio de maximización de la autonomía de la justicia indígena, que implica minimizar las restricciones y la intervención judicial para garantizar intereses de rango constitucional superior. Las restricciones serían el derecho a la vida y la integridad física<sup>103</sup>. Se redujo las limitaciones de la justicia indígena (orden público y todos los derechos de manera general). Dos ejemplos de esto son: (i) la regulación realizada por la Corte del castigo corporal denominado “cepo”. Según la Corte, no es una forma de tortura, en cuanto no cause daños permanentes y su uso fuere por un lapso razonable<sup>104</sup>; y, (ii) el fuate, al que se incorpora algunos elementos novedosos de tipo antropológico<sup>105</sup>.

Tercera línea jurisprudencial (decisión del pleno de la Corte):

- (1) Mantiene de la primera línea el que la autonomía dependerá del nivel de no incorporación en la cultura nacional. Y de la segunda toma que los únicos límites son los derechos fundamentales en la medida que su incorporación haya sido baja<sup>106</sup>. Citamos como ejemplo que puede servir como mecanismo de interrelación a partir de

---

102 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-254/1994.

103 *Ibid.*, sentencia T-349/1996.

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*, sentencia T-523/1997.

106 *Ibid.*, sentencia SU-510/1998.

esta autonomía el caso de Canadá (1992) en el cual funcionan los *sentencing circles* (“círculos de sentencia”) —la Ley Indígena data de 1876— que permite la participación informal de autoridades indígenas, generalmente los más ancianos, en un colectivo en un recinto de la comunidad, dirigido por la autoridad judicial, con el fin de encontrar un consenso respecto de delitos menores cometidos por personas indígenas. La decisión final corresponde a la autoridad judicial. Este mecanismo es más participativo, pero elimina la posibilidad de una práctica judicial autónoma de la comunidad<sup>107</sup>.

#### 4.3.2.2. Modelo de la interpretación intercultural de los derechos

- (1) La interpretación intercultural si busca ser la superación de la interpretación pluricultural, debe ser en doble vía. Por una parte, debe vincular a las juezas y jueces estatales a tomar, estratégicamente, elementos del derecho propio de los pueblos indígenas, para entender la aplicación del derecho estatal a los indígenas; y, por la otra, debe involucrar a las autoridades dentro de los sistemas de justicia indígena, a tomar, también, estándares del derecho estatal para procesar y mejorar su derecho propio desde sí mismos<sup>108</sup>.
- (2) Es indispensable garantizar la interpretación intercultural de los derechos humanos, pero sin caer en el relativismo cultural. En el Código Orgánico de la Función Judicial se incluye una disposición donde se establecen un conjunto de principios que buscan establecer el espacio de la interculturalidad desde la jurisdicción estatal<sup>109</sup>. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional extiende el puente de la interculturalidad más allá aún, y abre la posibilidad de interrelación. El problema es que sigue siendo el punto de partida la justicia estatal, la cual se sobrepone a los sistemas de justicia indígena. Es indispensable otorgar la posibilidad de que sean las autoridades de justicia indígena las que promuevan la reparación de las violaciones de derechos humanos por sí mismos.

107 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 47.

108 Walsh, Catherine, *op. cit.*, p. 32.

109 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 344.



Y sólo si no se soluciona el conflicto, intervendría la Corte de manera subsidiaria. La norma no excluye esta posibilidad. Queda en el aire la pregunta: ¿debería, también, tener competencia la autoridad indígena de conocer las violaciones de derechos humanos ocurridas en la justicia oficial y activar mecanismos de protección desde su derecho propio? Suena herético, pero si se quiere establecer una verdadera justicia intercultural, es una posibilidad real. Además, eso pudiera maximizar la defensa de derechos en beneficio del acceso a la justicia de la gente, y generar mayor responsabilidad del Estado en la defensa de los derechos.

#### 4.4. La colaboración

##### 4.4.1. Marco de reconocimiento

El Convenio 169 de la OIT establece que los Estados deberán establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos y nacionalidades, y de ser preciso, proporcionar los recursos necesarios para este fin. Esto obliga a los Estados a adoptar políticas que pongan en pie de igualdad a los sistemas de justicia indígena y estatal.

Generalmente, se ha pensado que si se dota de recursos a los sistemas de justicia indígena se está decretando su sentencia de muerte, puesto que ésta funciona a partir de la cotidianidad e informalidad. El peligro es que se inicie un proceso de asimilación más desde la cultura jurídica dominante. Nosotros pensamos el destino de los recursos bajo nuestros parámetros, es decir crear institucionalidad, burocracia y conseguir resultados que se puedan medir.

Pero, ¿por qué no podrían pensar las comunidades formas para fortalecer su derecho y sus sistemas de justicia a partir de sus propias características culturales? Por ejemplo, se va a necesitar recursos si se quiere dar la posibilidad a las comunidades de rescatar sus propias normas jurídicas —algunas comunidades han pensado seriamente en escribir sus normas—<sup>110</sup>, masificar

110 La Red de Defensores Indígenas Comunitarios está en un proceso en el que se está discutiendo en la necesidad de escribir su derecho. Esta red funciona con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer.

las prácticas de justicia y ponerse de acuerdo sobre la interrelación entre los diferentes sistemas de justicia indígena.

Existen peligros, pero vale repensar la posibilidad de que las formas de justicia indígena puedan tener apoyo estatal por medio de recursos, caso contrario podríamos estar propiciando una justicia de pobres para los pobres, de manera parecida como se ha dicho respecto de la justicia de paz:

La estrategia pareciera ser la de excluir los conflictos de los pobres del acceso a los jueces. Se crea entonces una justicia “administrativizada” de segunda para los pobres, mientras se reserva la justicia judicial a los estratos medios y altos de la población, con lo cual se viola el principio constitucional de acceso a las justicias, que es uno de los elementos medulares del Estado social de Derecho<sup>111</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de la colaboración está la garantía de las manifestaciones positivas de los sistemas de justicia indígena respecto de la justicia estatal. Así, se debe establecer mecanismos para que las decisiones de la justicia indígena tengan plena ejecución ante las autoridades nacionales.

#### 4.4.2. Los supuestos de interrelación para la colaboración

Es indispensable que el Estado iguale, por medio de prestaciones concretas, la desigualdad estructural entre el sistema de justicia estatal y los sistemas de justicia indígena, como una oportunidad de garantizar el principio de igualdad material:

- (1) La investigación en lo indígena es exhaustiva de los hechos. Es directa y compleja<sup>112</sup>.
- (2) Las decisiones de la justicia indígena tienen la misma validez y entidad que las decisiones estatales, pero la justicia indígena está en desventaja. Es necesario igualar las oportunidades de ambas formas de justicia. La fuerza pública debe prestar colaboración<sup>113</sup>. Si no

111 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García Villegas, Mauricio, “*Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*”, Internet, [http://www.ce-jamericas.org/doc/documentos/oferta\\_demanda.pdf](http://www.ce-jamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf), p. 26.

112 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 78.

113 *Ibid.*, p. 15.

ocurriera lo mismo que con la justicia de paz: se convertiría en una justicia de pobres, un problema de las personas excluidas.

- (3) Es necesario un sistema de información que ponga en conocimiento a las autoridades estatales de las decisiones indígenas; y a los indígenas de lo decidido en la justicia estatal<sup>114</sup>. Este sistema tiene que considerar las formas de transmisión de la información y el conocimiento, y consensuar con las comunidades los fines y utilidades de compartir esta información. Es indispensable, asegurar el uso y fines de la información, para que no se afecte el derecho a la intimidad. Un espacio para compartir información, práctica y aprendizaje, puede ser la Escuela Judicial, que deberá propiciar encuentros entre autoridades, estatales e indígenas, con el fin de establecer un diálogo intercultural entre los sistemas de justicia, como parte de su obligación de promocionar la justicia intercultural<sup>115</sup>.
- (4) El derecho propio de los pueblos y nacionalidades es, fundamentalmente, no escrito<sup>116</sup>, aunque existen comunidades que están adoptando algunas formas escritas y procedimientos parecidos a los estatales. Esto debe tenerse en cuenta para efecto de regular el cumplimiento de las resoluciones de la justicia indígena, y las formalidades para las personas indígenas cuando quieran activar los mecanismos ordinarios o de garantía jurisdiccional de la justicia estatal. No tiene sentido obligar a que las resoluciones y las peticiones se hagan por escrito. Se debe escuchar oralmente a las autoridades y a las personas interesadas. El Código Orgánico de la Función Judicial determina que para la declinación de la competencia, la autoridad deberá demostrar que está en conocimiento del caso bajo juramento. La jueza o el juez deberá explicar las consecuencias de dicho juramento<sup>117</sup>. Si es necesario, se permitirá la participación de peritos antropólogos y traductores. Para el caso de la autoridad, el Código Orgánico de la Función Judicial dispuso que

114 *Ídem*.

115 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 346.

116 Cfr., García, Fernando, *Formas Indígenas de Administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, op. cit., 2002.

117 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 345.

la autoridad indígena sea escuchada por la autoridad estatal y, en consecuencia, se inhiba de conocer en aplicación del principio *non bis in idem*.

- (5) El sentido de la colaboración en lo indígena, sin embargo, como obligación es una actitud espontánea y no planificada. Es vivencial y no requiere un juicio de valor sobre lo correcto o incorrecto, sino que es útil en las prácticas habituales<sup>118</sup>.

## V. Conclusiones

Tres caminos debemos recorrer propositivamente, retomando el epígrafe de García Canclini a partir de la lucha de los pueblos y nacionalidades indígenas en Latinoamérica: la descolonización, la interrelación y la igualdad formal y real. Esto tiene significados viables desde la implementación de la justicia intercultural: el camino de la justicia poscolonial, el camino de la justicia intercultural, y el camino de la justicia emancipadora.

### 5.1. El camino de la justicia poscolonial

Manifiesta Bartolomé Clavero que “la negación de un derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador”<sup>119</sup>. El espacio colonial crece y el vacío constitucional se mantiene para el reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. El constitucionalismo, no obstante, puede ser una forma de emancipar y de superar las estructuras coloniales que aún perviven en nuestras instituciones, e incluso en las propuestas de los movimientos sociales indígenas.

La administración de justicia estatal ha sido monopolio del Estado liberal, mientras que los sistemas de justicia indígena han sido penalizados por

118 Sánchez Botero, Esther, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares”, *op. cit.*, p. 143.

119 Clavero, Bartolomé, “Espacio Colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas”, Internet, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/6/est/est5.pdf>, p. 12.

su solo funcionamiento natural. La realización de una justicia intercultural puede ayudar a superar la sociedad postcolonial<sup>120</sup>.

En este punto, debemos fortalecer y hacer permanente la voluntad política y el compromiso por el cambio y la transformación social, y llevar a la interculturalidad y la justicia intercultural más allá de la simple positivización jurídica, pues “sus raíces y significados no se encuentran en la descripción, sino en las luchas contra la colonialidad pasada y presente, y la violencia simbólica, cultural y estructural”<sup>121</sup>.

En ese contexto, un factor importante en este proceso puede ser el constitucionalismo, especialmente, aquella corriente que se puede denominar *neoconstitucionalismo*<sup>122</sup>. Debemos superar la desconfianza natural sobre derecho, tradicionalmente considerado como un instrumento para restringir los niveles de autonomía de los modos de vida de los pueblos indígenas, y utilizarlo estratégicamente para emancipar.

La oportunidad actual, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras latitudes y épocas, es que parece ser que el derecho y con él el constitucionalismo tiende a la superación del escenario post-colonial. El derecho que queremos superar el hecho a la medida de los precursores de la independencia, que no fueron precisamente los miembros originarios de la América india, sino los descendientes de los conquistadores<sup>123</sup>.

120 Llasag Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 324.

121 Walsh, Catherine, *op. cit.*, p. 24.

122 Cfr., Carbonell, Miguel, *El neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), México, 2008. Este texto se basó en una obra de este autor que se denomina: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-12. Carbonell realizó una conferencia en Quito que se basó en el documento citado: “El neoconstitucionalismo en América Latina”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 26 agosto 2008. Destacó que el neoconstitucionalismo es una teoría en construcción, pero que sin embargo tiene en la Región rasgos que permiten identificarla: a) constituciones con contenidos materiales y no sólo formales; b) mecanismos de control de la constitucionalidad y de justicia constitucional con amplias facultades que implican una nueva práctica judicial; c) jurisprudencia creativa que fijan estándares de cumplimiento de derechos; y, d) desarrollos teóricos que incorporan una visión más flexible del derecho en relación con la sociedad.

123 Bonilla, Marcelo, *op. cit.*, p. 66.

## 5.2. El camino de la justicia intercultural

La justicia intercultural es parte de un proyecto político de emancipación que busca transformar las estructuras sociopolíticas que impiden el buen vivir y el bienestar general<sup>124</sup>, con el fin de ampliar al máximo el acceso de los pueblos y nacionalidades indígenas a sus propios sistemas y al sistema estatal para la resolución de sus conflictos, dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia<sup>125</sup>.

En consecuencia, los caminos de la interrelación de los sistemas de derecho y justicia se ubican más allá de la retórica constitucional que transversaliza el principio de interculturalidad<sup>126</sup> y la necesidad de la convivencia cotidiana de las culturas diversas del país.

No obstante, la interculturalidad se presenta aún como un discurso constitucional descriptivo y formal, que incluso puede ser entendido de diversas formas. Incluso, hay quienes perciben la intrarrelación cultural como un espacio intracultural sin relación con el sistema estatal<sup>127</sup>.

Entendemos la interculturalidad más allá de lo descriptivo, como una propuesta política, social y jurídica, que busca la construcción de una nueva sociedad sobre la base del diálogo intercultural.

Si no se supera la simple descripción, lo que estaremos haciendo es sustituir la tradicional política cultural de asimilación e integración, por la de la adición. Es decir, aumentamos un sinnúmero de derechos que no tras-

124 Stavenhagen, Rodolfo, "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006, p. 16, párr. 52. El porcentaje de población indígena que tiene acceso al agua corriente, facilidades sanitarias con conexión a alcantarillado, es tres veces menor que la población mestiza. El 23% tiene una alimentación insuficiente, el 36% tiene dificultades para cubrir los gastos de alimentación. La mortalidad infantil es del 51% (el promedio nacional es 35%), y la desnutrición crónica (46,7%) es más del doble que la de los niños mestizos (21,2%).

125 Cfr., Ávila Linzán, Luis Fernando, "El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas", *op. cit.*

126 Constitución del Ecuador, 2008, artículos 1, 2, 16.1, 27, 28, 32, 56.14, 83.10, 95, 156, 217, 249, 257, 275, 340, 343, 347.9, 358, 375.3, 378, 416.10, 423.4.

127 Andrade Ubidia, Santiago, "Observaciones al Anteproyecto de Justicia Indígena", en Salgado, Judith (comp.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, Quito, p. 138.

ciende su valor simbólico, y no logra solucionar lo que está detrás de la exclusión de las culturas dominadas: las asimetrías sociales y la desigualdad social.

La justicia intercultural es, además, un lugar donde se va a cuestionar la tradicional visión universalista de los derechos humanos, y adoptar una visión de relativismo cultural moderada, que admita varias fuentes para la legitimidad de los valores que están detrás del estatuto de derechos<sup>128</sup>. Ante esto, debemos adoptar una posición crítica, despojándonos de prejuicios y posiciones esencialistas o románticas, para encontrar consensos desde la visión del otro.

Frente a esto, un obstáculo invisible puede ser la cultura dominante para la implementación de la justicia intercultural. Se han presentado casos de persecución de juezas y jueces que han fallado abiertamente para dar autonomía a la justicia indígena, así como a las mismas autoridades estatales<sup>129</sup>.

Carlos Poveda cita un oficio vergonzoso que dirigió el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi al presidente de la Corte Suprema de Justicia, Armando Bermeo (oficio 293-Mp-2002: 31-oct-2002), con relación al caso “*La Cocha*”, en el cual Carlos fungía como Juez Segundo de lo Penal de Latacunga. Reproducimos un fragmento de esa cita:

El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos (...) Más aquí en la Función Judicial están apareciendo fementidos innovadores pseudomodernistas (...) no es conveniente ni tiene fundamento que la mayoría de ciudadanos se deba someter a dichas reglas culturales o consuetudinarias, ajenas a su propia tradición...<sup>130</sup>

### 5.3. El camino de la justicia emancipadora

Esta realidad de la justicia intercultural nos compromete en su implementación, teniendo en mente, además, que militamos en la lucha sin cuartel por

128 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 36.

129 García, Fernando, *op. cit.*, p. 50.

130 Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 180. El autor fue el juez penal segundo de Cotopaxi que falló sobre el controvertido caso “*La Cocha*”.

la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas<sup>131</sup>, con el fin de construir una nueva sociedad sobre valores compartidos.

En consecuencia, no debemos descuidar el aspecto ideológico en el que poco se ha trabajado al impulsar las reformas jurídicas en nuestro país. De nada servirá tener gente nueva con las ideas del pasado que se quiere superar perviviendo en sus cabezas.

Debemos, por tanto, poner un especial énfasis en la capacitación de los operadores de justicia y de los abogados en las facultades de derecho sobre temas de derecho indígena y mejorar las políticas para la participación de las personas indígenas en el proceso judicial estatal<sup>132</sup>. Se hace urgente dar forma al proyecto de la universidad plurinacional<sup>133</sup>, y en este contexto es impostergable la formación de la Escuela Judicial y la incorporación de perfiles sobre los peritajes antropológicos en sus programaciones<sup>134</sup>.

Finalmente, al inicio de este trabajo, establecimos que los sistemas de justicia indígena se manifiestan, al menos en dos niveles, el de relación con la justicia estatal, y el que ocurre entre ellos.

Sin embargo existe, dentro del nivel máximo de autonomía de estos sistemas, un nivel hacia adentro que es una tarea pendiente de los pueblos y nacionalidades, que va en dos vías: a) rescatar o revalorizar sus propias prácticas de justicia y normas del derecho propio; y, b) reflexionar sobre si estas prácticas tienen un valor importante para los pueblos y nacionalidades, con el fin de mejorarlas<sup>135</sup>.

131 Bonilla, Marcelo, *op. cit.*, p. 55.

132 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), *op. cit.*, p. 51.

133 Existe la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (Amawtay Wasy: “Casa de la Sabiduría –UIAW–), que se ideó durante la década de los noventa, culminando la primera fase en la creación de la Universidad mediante Ley 2004 – 40 (RO 393: 5-ago-2004). Esta institución recibe el apoyo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), y del Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI) “Amawta Runakunapak Yachay” –ARY–. Este centro de estudios es particular y no cuenta con fondos estatales. En la actualidad, el rector es Luis Sarango.

134 Vintimilla, Jaime, *Reforma Judicial y Derecho Indígena Ecuatoriano*, Internet, [http://cides.org.ec/cides/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=1&Itemid=80](http://cides.org.ec/cides/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1&Itemid=80), p. 4.

135 Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), 2002, p. 103. Cita de intervención en el Taller de Rodrigo de la Cruz.



En esto, puede ayudar profundamente si se logra que el espacio de la interculturalidad, e incluso aquellos del control compartido como el caso de la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, permiten que sean las propias autoridades de la justicia indígena las que, luego de un proceso interno, mejoren sus estándares de derecho desde sus propias construcciones epistemológicas y sentido propio de la vida.

Por último, apostamos porque la justicia cultural no sea sólo un espacio de encuentro, sino la construcción de una nueva justicia, fundada sobre valores consensuados mediante el diálogo intercultural, como reflejo de una sociedad profundamente democrática y democratizadora.

## VI. Bibliografía

- Abramovich, Víctor, *El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2007.
- Andrade, Pablo, “Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998”, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, Quito, 2004
- Andrade Ubidia, Santiago, “Observaciones al Anteproyecto de Justicia Indígena”, en Judith Salgado (comp.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- , “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

- , “Legitimidad social e independencia judicial interna”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La transformación de la Justicia*, 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 Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Carbonell, Miguel, *El neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), México, 2008.
- Carlsen, Laura, *Autonomía indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición*, Revista Chiapas, México, internet, <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota26.htm>
- Chávez, Gina, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!” en *Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Clavero, Bartolomé, *Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas*, Internet, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- Correa Sutil, Jorge, “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?” en Méndez, Juan, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Dandler, Jorge, “Pueblos Indígenas e Imperio de la Ley en América Latina: ¿tienen una oportunidad?” en Juan Méndez y otros, *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Espinoza, Roque, “Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena”, en Salgado, Judith (ed.), *Justicia Indígena. Apuntes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
- Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ediciones Abya Yala, Quito, 1998.

- García Canclini, Néstor, *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- García, Fernando, *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, Flacso Sede Ecuador, Quito, 2007.
- García Serrano, Fernando, “Jurisdicción Indígena. Del monismo jurídico a la interlegalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- , *Formas Indígenas de Administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 2002.
- Granizo, Asdrúbal, “Derecho de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica. Ponencias”, Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (COANIE), Quito, 2002.
- Iturralde, Diego, “Entre la Ley y la Costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Giraud, Laura (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Lachenal, Cécile, “Las Pericias Antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la Justicia Plural. Reflexión a partir del caso de México”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Llasag Fernández, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y otros (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- , “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

- López, Diego, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial*, Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2001.
- Malinowski, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- Montaña, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ávila Santamaría, Ramiro y otros (eds.), *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Tomo II, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Pacari, Nina, “Pluralidad Jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida”, en Judith Salgado, (ed.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
- Poveda, Carlos, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro* No.8, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2007.
- Regalado, José, “Criterios para un Modelo de Regulación Plural en el Perú”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Sánchez, Esther, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, Bogotá, 2006.
- Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- , “Principios Básicos y Formas de Funcionamiento de la Justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Santos de Sousa, Boaventura, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001.
- , “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), *El Ca-*

- leidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.
- , “Los Paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Panamericana Formas, 1ra. reimpresión, Bogotá, 2004.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario en América Latina”, en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- , “Los Derechos Culturales y los Derechos Colectivos en Tiempos de Globalización”, en Van Beuren, Ingrid y Soto Badillo, Óscar, *Derechos Humanos y Globalización Alternativa: una perspectiva iberoamericana*, Universidad Iberoamericana Puebla, México, 2004.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006.
- Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego, “Introducción”, en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

# Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes

Diego Zambrano Álvarez\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. El proceso de etnización de lo jurídico: perspectiva histórica. III. Analogías y disanalogías: análisis a partir de un caso. IV. Sistema de fueros. V. El Debido proceso. VI. La ceremonia de juzgamiento. VII. Relaciones entre sistemas jurídicos concurrentes a manera de conclusión. VIII. Bibliografía.

---

## I. Introducción

Como cualquier fenómeno social, la producción jurídica es inherente a la existencia humana, no ha existido grupo de personas capaces de interactuar, sin contar con reglas mínimas de conducta. Estos mecanismos de solución de conflictos y direccionamiento de modos de proceder, responden a una necesidad de coexistencia que se desarrolla según ciertos lineamientos y pre-

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior en Derecho, Mención Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, UASB; Maestrante de Derecho Constitucional en la UASB. Actualmente, funcionario de la Coordinación de Asesoría e Investigación del Tribunal Contencioso Electoral.

supuestos culturales, que buscan adecuar la vida social a los sistemas morales y filosóficos establecidos propios de cada cultura. Este fenómeno puede explicarse a partir de una dimensión histórico-evolutiva, atendiendo a los valores reinantes en cada época. La cosmovisión adquiere fuerza coercitiva cuando existe conciencia individual y colectiva sobre la legítima obligatoriedad de la que un mandato se encuentra investido. Esta convención social puede expresarse por escrito o por tradición oral, lo importante es que trasciende en el tiempo y se auto depura, mediante la dinámica participación de la persona en la cultura.

Podría decirse que el Derecho nace como reflejo de la necesidad social de identificar, distinguir y catalogar una serie de fines como socialmente valiosos, tal sería el caso de la defensa de la paz interna y externa del grupo, resolver problemas entre personas; y en fin, cualquier otro requerimiento social que pueda ser satisfecho con una determinada forma de acción u omisión. De ahí que, el Derecho no es, ni puede ser, una técnica ideológicamente neutra o imparcial.

La demarcación territorial de la cultura y por tanto del derecho no es equivalente a la división política de los Estados. El Ecuador, reconocido por el artículo primero de su Constitución<sup>1</sup> como Estado Pluricultural. El Estado Plurinacional no significa: a) romper la Unidad Nacional, b) atentar contra la unidad territorial del país, c) atentar contra los Símbolos Nacionales de la Patria, que el proceso histórico los ha reconocido como tales, reconoce la coexistencia de diversas estructuras sociales dentro de su territorio. Este reconocimiento constitucional no puede limitarse a la expresión artística o al vestuario sino que se extiende a todas las expresiones culturales posibles, entre ellas: al sistema político, religioso, médico, económico, lingüístico, educativa y naturalmente al aspecto jurídico<sup>2</sup>.

En este sentido, resulta coherente que el modelo constitucional se autodefina como “Estado de derechos” en dos sentidos trascendentes: por una parte, identificando a los derechos humanos como máxima fuente normativa y por otra,

1 Art. 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

2 Kowii, Ariruma, *De la Exclusión a la Participación, pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Abya Yala, 2000, p. 133.

reconociendo en el pluralismo jurídico una manera de incorporar formalmente lo que materialmente han sido sistemas jurídicos internos e internacionales que han cohabitado con el sistema estatal, incluso antes de nuestra existencia como república. Así, y desde la óptica del estado de derecho, los sistemas de justicia indígena son expresión de esta pluralidad y por ello deben ser respetados y promovidos; no obstante, al igual que todas las demás fuentes de derecho, sucumbe ante el poder primario y legitimador de los derechos humanos, en los que toda norma coercitiva encuentra su fundamento y límite<sup>3</sup>.

La función finalista del derecho como técnica<sup>4</sup> en coordinación con la prerrogativa que tienen las nacionalidades y pueblos ancestrales de reivindicar su identidad cultural y por tanto, su tradición jurídica, guarda una especial relación con los principios que integran el *sumak kawsay* puesto que estas manifestaciones jurídicas buscarán como objetivo base mantener la armonía en las relaciones humanas, del ser humano para con la Pachamama y el restablecimiento de la paz y el orden en la comunidad, en su calidad de sujeto independiente de los individuos que la conforman, lo que teóricos han denominado como *el principio de complementariedad*. En tal sentido, a partir de la diferencia conceptual que la sociedad mayor y las comunidades ancestrales tienen respecto del buen vivir empieza a generarse una lógica jurídica distinta que nos llevará a construcciones sustantivas y adjetivas diversas que tienden a fines diferentes aunque complementarios.

Bajo este criterio, la gran mayoría de comunidades en concordancia con esta búsqueda del restablecimiento de la armonía y el orden social han desarrollado una vocación preventiva donde la autoridad, originada y legitimada por la propia colectividad interviene ante un conflicto inminente a fin de tomar medidas como el consejo (*amashina*) o la advertencia para que dicho conflicto o la conducta socialmente dañosa no se llegase a detonar. En los

3 Ávila Santamaría, Ramiro, *Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Análisis de la Doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 3, Quito, 2008, pp. 35-36.

4 Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontarama, cuarta reimpresión, México D.F., 2007, p. 249.



casos más complejos, y a fin de evitar futuros desequilibrios sociales se puede llegar hasta a expulsar definitivamente al *incorregible*.<sup>5</sup> En Ecuador, una intervención preventiva constituye el *consejo* que dan los ancianos, padres o padrinos a la pareja que piensa divorciarse. Para la realización de la consejería, se reúnen las familias de los cónyuges e intercambian opiniones y sugerencias. Recordemos que para estas comunidades el divorcio es muy mal visto por los comuneros y puede causar un etiquetamiento social para sus protagonistas, de ahí la alarma que produce.

El presente trabajo pretende identificar lo, que considero, los principios básicos, tanto comunes como diferentes que existen en los sistemas de justicia indígena en relación con el estatal a fin de encontrar algunas de las razones que explican una eventual incompatibilidad o concordancia entre los mismos, las condiciones dadas y finalmente la posibilidad de complementarlos. Para ello, procederé a presentar un breve recuento histórico a fin de evidenciar que la generalización del sistema estatal responde exclusivamente a formas de dominio político y económico, dejando de lado cualquier criterio cualitativo. Finalmente, compartiré algunas reflexiones para identificar el rol que debe asumir el Estado ante esta problemática.

Antes de proceder con el análisis de los puntos trazados debo advertir que se hablará indistintamente de justicia indígena y de justicias indígenas. En cualquiera de los casos, no debe pensarse que se trata de un solo sistema jurídico ancestral.

De acuerdo con el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), el Estado ha reconocido la existencia de catorce nacionalidades indígenas (Awá, Chachi, Epera, Tsáchila, Shuar, Achuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, Cofán, Shiwiar, Zápara y Kichwa). La calidad de nacionalidad se da, entre otras cosas al poseer una estructura social y jurídica propia<sup>6</sup>.

5 Ardila Calderón, Gerardo, *Diversidad es Riqueza*, Instituto Colombiano de Antropología, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. 74-78.

6 Internet, [www.codenpe.gov.ec](http://www.codenpe.gov.ec), Acceso: 16 septiembre 2009.

Cada pueblo o nacionalidad tiene o puede tener un sistema propio de administración de justicia; no obstante, por razones de espacio analizaré uno de los casos presentados en la comunidad Chibuleo de la provincia de Tungurahua por ser un sistema cercano a mi experiencia académica y por ser una suerte de sistema estándar en las comunidades de la sierra ecuatoriana. Por tanto, este análisis es válido únicamente para el sistema de justicia en cuestión; para aquellos que pudiesen resultar análogos; y para los que no, en aquellas partes en que lo fuesen.

## II. El proceso de etnización de lo jurídico: perspectiva histórica

La ancestralidad de los métodos de solución de conflictos que reivindican los pueblos indígenas no equivale a un congelamiento cultural en el tiempo. Se trata de un proceso evolutivo que se dio mucho antes de la implementación del régimen liberal, basado en el Estado-nación de la Francia revolucionaria. Los pueblos que ocuparon estos territorios, antes de la llegada de los españoles vivieron un proceso de fusión cultural y jurídica, a consecuencia de la conquista Inca, producida a finales del siglo XV. Este proceso no llegó a calar profundamente en la estructura social por su relativo corto tiempo de duración. Por tanto, los sistemas jurídicos indígenas tuvieron, desde aquella época, una fisonomía híbrida.

Los incas permanecieron en lo que hoy es Ecuador desde finales del siglo XV, hasta la fundación española de Quito en 1534, por poner una fecha referencial. En lo que hoy es Ecuador, el imperio Inca no llegó a consolidarse, debemos considerar que a partir de la muerte de Huayna Cápac en 1528 se dio la guerra para su unificación, entre sus hijos Huáscar y Atahualpa. Una vez triunfante Atahualpa, lo sorprendería la conquista española<sup>7</sup>.

7 Ayala Mora, Enrique, *Resumen de la Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Tercera Edición, Quito, 2008, pp. 13-14.

Una vez instaurada la conquista y por tanto el proceso de mestizaje, se produce un nuevo e inevitable intercambio cultural que trastocó al sistema cultural, sin llegar a enajenarlo:

Por ejemplo, la utilización del cepto en el juzgamiento indígena es una práctica colonial, heredada de los procedimientos utilizados en la inquisición. Con esto, no sólo quiero destacar la influencia europea sino el decisivo rol de la Iglesia Católica en la evolución del sistema indígena. Hasta hoy, la Iglesia Católica, junto con la Evangélica y la Mormónica, aunque en menor medida, ejercen amplio poder de incidencia dentro de las comunidades<sup>8</sup>.

La recopilación de las denominadas *Leyes de Indias*, ya en 1542 establecía: “*En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos*”. Este enunciado puede entenderse como una de las primeras manifestaciones del pluralismo jurídico así como la oficial declaración de subordinación del derecho indigenista, respecto del español, toda vez que eran las autoridades “blancas” quienes determinarían la “injusticia” o no del proceder de las comunidades indígenas.

Asimismo, las etapas históricas, según la visión mestiza difieren sustancialmente de la realidad indígena. Así, la ocupación española del territorio incaico, la independencia criolla y el inicio de la etapa republicana no tienen igual relevancia para estos dos mundos paralelos. Para fines académicos, la historia del pueblo indígena podría segmentarse de la siguiente manera<sup>10</sup>.

- a. Desde 1534 a 1895: Separación de los pueblos en casi todos los aspectos de la vida, dadas las diferencias idiomáticas, religiosas, jurídicas y culturales, así como por tratarse pueblos políticamente inofensivos para la corona.

8 Sánchez, Eugenia, “*El Reto del Multiculturalismo Jurídico. La Justicia de la Sociedad Mayor y la Justicia Indígena*” en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), Tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998, p. 69.

9 Perafán Simmonds, Carlos, *Sistemas Jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuani, Bogotá*, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000, p. 17.

10 Para este punto me basaré en el estudio de Juan Maiguashca: “La Dialéctica de la Igualdad” en: *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, Quito, 1997, pp. 61- 79.

- b. Desde 1895 a 1960: La cultura dominante rechazó a la diversidad y utilizó su posición de privilegio para forzar una homologación en cuanto a la forma de ser de los pueblos originarios, a la suya propia. La sociedad “justa” sería concebida bajo criterios de igualdad, entendida ésta, como la necesidad de incorporar a estos pueblos a modos “civilizados” de vida comunitaria. Bajo la ideología de proteccionismo cultural, en 1948 la Novena Conferencia Internacional Americana aprobó la “La Carta de Garantías Sociales” en la que se recomendaba la adopción de “medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia”. Poco después, con fundamento en una ideología etnocéntrica tendiente a la homologación cultural, la Organización Internacional del Trabajo, en 1957, emitió el Convenio No. 107, el mismo que buscaba la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor. El artículo 2 de este convenio rezaba: “incumbe principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la *protección* de las poblaciones en cuestión y a su *integración* progresiva en la vida de sus respectivos países”<sup>11</sup>.

Durante este período, fiel a su ideología liberal, José María Urbina propuso en su discurso pre presidencial la abolición de la esclavitud. Una vez en el poder, impulsó la promulgación de la Ley de Manumisión de Esclavos y la Ley de Indígenas a fin de alcanzar la igualdad formal de todos los habitantes. Este proceso continuaría con García Moreno, aunque para éste, el elemento unificador sería la religión católica, ligándola al criterio de ciudadanía. La fe vendría a situarse como principal vínculo de cohesión social, política y jurídica. Recordemos que la Constitución de 1869 (Art. 10) establecía entre los requisitos para ser considerado ciudadano (entiéndase varón), a más de los requisitos de edad y alfabetismo, el hecho de ser católico. Pasamos así de la igualdad ante la ley a una igualdad cuyo punto de cohesión sería el clero. La revolución alfarista no cambiaría la situación del indígena, retornaría al modelo urbinista, monocultural e integracionista; razón por la cual, no entraremos a analizarlo.

11 Art. 2, Convenio OIT 169, ratificado por Ecuador el 14 de abril de 1998 y publicado en el Registro Oficial 304 del 24 de abril del mismo año.

Desde 1960 hasta nuestros días: Los pueblos indígenas logran constituirse en verdaderos actores políticos, con poder de iniciativa e incidencia, sin tener para ello que renunciar a su propia identidad, por el contrario, se verifica una genuina reivindicación cultural.

Si atendiésemos a los modelos de configuración jurídica de la diferencia, propuestos por Luigi Ferrajoli<sup>12</sup>, podemos establecer que la etapa que va desde la época colonial hasta 1895 podría ser ubicada en lo que él denomina la “*diferenciación jurídica de la diferencia*” caracterizada por una valorización de lo europeo y la consecuente desvalorización de lo indígena. El mestizo pretende asimilarse a su padre español, renegando de su madre indígena. Aparece así, la casta criolla como grupo oscilante que alcanzaría la instauración de un modelo de Estado, diseñado a su imagen y semejanza. Sin embargo, este hito histórico no alteró, en esencia, la situación indígena ya que este sector poblacional poco o nada participaría en las pugnas por acaparar el poder político y económico arrebatado de manos españolas, tanto es así, que ni siquiera fue actor directo en la revolución independentista.

La segunda etapa en referencia, se encasillaría en el modelo que el autor denomina “*homologación jurídica de la diferencia*” en la cual, la clase dominante desconoce toda diferencia, en función de una “*igualdad ante la ley*” en la que todas y todos serían tratados por igual, pese a las enormes diferencias fácticas que existía entre necesidades e intereses de los diferentes pueblos. El desconocimiento institucionalizado y constitucionalizado de la diferencia, la adecuación del sistema a los usos de quienes ostentan el poder irradiaría desde el parlamento y se esparciría a todas las reglas de un modelo elitista y excluyente, cubierto bajo una declarativa imparcialidad, generalidad y abstracción. Esto permitió que quienes ocupasen una posición socialmente privilegiada aprovecharen de las oportunidades creadas por el modelo de Estado para alcanzar riqueza, enquistarse en el poder político y garantizar que tales privilegios sean transmitidos a su descendencia. Así, el mestizo impone una estructura social, la institucionaliza y la resguarda por medio de su *juridificación*, cuyo instrumento primordial sería la ley.

12 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la Ley del más Débil*, Trotta, tercera edición, Madrid, 2003, pp. 73-96.

El primer e insubsanable error de este modelo fue concebir al Ecuador como un estado-nación, de acuerdo a los cánones de la ilustración; en virtud del cual, se podría definir a toda sociedad políticamente organizada como “una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres”<sup>13</sup> lo cual distaba mucho de la realidad de Latinoamérica.

La confrontación entre una cultura que presiona por la homologación, frente a otra que se resiste a la enajenación de su cultura, produjo enfrentamientos interculturales permanentes, en ocasiones violentos. Existía pues, una contienda en diametral condición de desigualdad entre los autodenominados pueblos “civilizados” y un pueblo constitucionalmente descalificado como “inocente, abyecto y miserable”<sup>14</sup>. Bajo este esquema, el diálogo étnico era imposible y las decisiones políticas y sociales descansarían exclusivamente en manos de los representantes de la cultura dominante, matizada con el eufemismo de voluntad general “la teoría contractualista de Rousseau fue ampliamente criticada por los filósofos liberales como Kant y Constant toda vez que bajo la idea de voluntad general se estaba creando un monstruo o leviatán, según terminología de Hobbes, que era capaz de anular la libertad individual de la persona”<sup>15</sup>, la misma que velará por intereses de clase y juzgará de barbárica a toda forma diferente de entender al mundo.

En nuestros días la función legislativa conserva el monopolio de la producción de las leyes y por medio del principio de legalidad, el monopolio del uso legítimo de la fuerza. El legislador sigue siendo un representante de los intereses de sectores económica y políticamente poderosos y por medio de la expedición de leyes, ha diseñado un sistema jurídico desde la perspectiva del mundo mestizo, viéndolo desde arriba, redactándolo desde el escritorio y sobre la base de la experiencia extranjera. Ante tal realidad, los intereses de los pueblos indígenas, sus modos de entender su propia existencia, el de su pueblo y el de relacionarse con su entorno ha quedado tradicionalmente postergada.

13 Borja Cevallos, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Planeta, Quito, 2007, p. 36.

14 Art. 68, Constitución del Ecuador 1830.

15 Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Universidad del Valle, Cali, 1994, pp. 72-75.

Hoy, el movimiento indígena cuenta con representación en el parlamento, que aún siendo escasa, con la ayuda de un fuerte activismo social ha logrado visibilizar realidades comunes de los países pluriculturales, como el nuestro. Podríamos decir que nuestro sistema jurídico fundamental, desde la perspectiva étnica, pretende situarse en el cuarto modelo propuesto por Ferrajoli, al que el profesor italiano denomina “*igual valoración jurídica de las diferencias*” pasando así de la igualdad formal o ante la ley, a una de tipo sustancial o en derechos. Con ello “*se intentará justificar un trato diferenciado, constituido como protección a sectores sociales tradicionalmente discriminados o dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos*”<sup>16</sup>.

La tradicional sumisión de los sistemas jurídicos indígenas responde a un proceso histórico en el cual, el diseño institucional fue impuesto por la casta dominante, al igual que las demás manifestaciones sociales y culturales. Al no haberse producido un diálogo entre interlocutores válidos, no existen razones cualitativas para descalificar a los sistemas ancestrales; por el contrario, existe una gran cantidad de principios convergentes, en atención al fondo, aunque con expresiones formales diversas. El Estado está en deuda en su obligación de optar por un pluralismo de tipo igualitario que reconozca y promueva la validez y obligatoriedad de las diversas expresiones jurídicas<sup>17</sup>. Con este preámbulo, procederé a identificar algunas de las similitudes y diferencias entre estos sistemas con el objeto de aportar con elementos de juicio, como punto de partida en la búsqueda de mecanismos eficaces de armonización entre sistemas jurídicos coexistentes dentro de un mismo territorio.

### III. Analogías y disanalogías: análisis a partir de un caso

Para esta parte del trabajo me valdré de un caso ocurrido en el territorio de los Pueblos Chibuleos de la Provincia de Tungurahua con el propósito de es-

16 Garrorena, Ángel. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 70.

17 Chávez Vallejo, Gina, “El Derecho Propio: ¡destapando la Caja de Pandora!”, *Derechos Constitucionales, La Constitución del 2008 en Perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 2, Quito, 2008, pp. 80-86.

tablecer, a medida que avanza el proceso, algunas analogías y disanalogías, entre estos dos sistemas procesales concurrentes<sup>18</sup>.

El Presidente de la Unión de Pueblos Chibuleos nos comentó sobre un secretario de tierras que era el encargado de repartir los territorios comunitarios entre las familias para que éstas a su vez, realicen las acostumbradas labores agrícolas y ganaderas. No obstante, el funcionario, en cuestión había vendido cierta extensión a personas ajenas a la comunidad, a sabiendas que, de acuerdo con las normas comunitarias, esta conducta estaba prohibida. Traducidos los hechos a lenguaje jurídico estatal, el funcionario habría abusando de bienes públicos en beneficio propio, lo que el artículo 257 del Código Penal calificaría como delito de peculado.

Ante tal situación, la comunidad inició las investigaciones respectivas hasta obtener los elementos de juicio necesarios para ponerlos en conocimiento de la autoridad, encarnada en el cabildo. Esta forma de proceder es asimilable a lo que haría la Fiscalía al abrir una indagación previa o instrucción fiscal. En el sistema estatal, ordinariamente existe a favor del fiscal el monopolio del ejercicio de la acción penal, lo que fomenta la discrecionalidad del agente lo que puede degenerar en arbitrariedad y corrupción. Por el contrario, en la comunidad indígena la fase de instrucción no sólo es pública, sino que en ella participan todas las personas interesadas en el asunto. Por otra parte, la legitimación del cabildo, como autoridad jurisdiccional supera la barrera de la representatividad democrática de la que carece el juez o tribunal penal o constitucional. El poder coercitivo de la autoridad indígena se asienta en una intachable conducta, lo que hace de la persona alguien digno del respeto, incluyendo al del propio acusado.

Los jueces interpretan qué es lo que dice la Constitución, frente a las normas que aparentemente la contradicen. Y éste hecho, que la última interpretación de la Constitución quede en manos de un grupo de funcionarios públicos que (normalmente) ni son elegidos ni pueden ser removidos directamente por la ciudadanía, lo que representa un grave riesgo para la teoría institucional, arriba

18 García, Fernando, *Formas Indígenas de Administración de Justicia*, FLACSO Sede Ecuador, Quito, 2002, p. 44.



expuesta bajo la apelación a una defensa de los derechos, es posible afectar seriamente el principio mayoritario<sup>19</sup>.

Dado que el derecho indígena se fundamenta en la tradición, la elección de autoridades jurisdiccionales no tiene la traba relativa a la formación técnico-jurídica, verificable en los operadores estatales de justicia, de cuya probidad poco o nada se sabe y de la seriedad del proceso de méritos y oposición muchos, por decir lo menos, dudan. Por otro lado, la desigualdad de oportunidades de estudio y especialización profesional hace de los sistemas occidentales un círculo elitista, impermeable y aristocrático que impone justicia desde arriba, es decir, desde una perspectiva que nada tiene que ver con la realidad de la inmensa mayoría de ciudadanas y ciudadanos. En este sentido, la autoridad estatal puede llegar, socialmente cuestionada, a ejercer cargos tan delicados, lo que se refleja en la escasa confianza que dicho funcionario inspira al colectivo y en la proliferación de la venganza de sangre y linchamientos callejeros.

La jurisdicción, en razón de la materia, está igualmente ligada a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”<sup>20</sup>. La íntima relación que existe entre la comunidad y sus tierras, descansa en el derecho a la autodeterminación<sup>21</sup> y a las distintas perspectivas de desarrollo, no solo en sentido económico, como podría entenderse en la sociedad mayor. El territorio ancestral posibilita el desarrollo de la cultura y de la diaria construcción de la propia identidad. En este sentido, si acordamos que el derecho es una manifestación de la cultura y ésta solo puede desarrollarse en extensiones territoriales espe-

19 Gargarella, Roberto, “Las amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia”, en Alegre, Marcelo, *et al.*, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 15.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni Vs. Nicaragua*, párrafo 149 (sentencia de fondo).

21 Art. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 1 Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

cíficas, marcadas por un patrimonio simbólico, capaz de dar sentido a la existencia de pueblos correspondiente, es lógico que la normativa jurídica aplicable esté relacionada con un sentido social, finalista y utilitarista vinculado estrechamente al sentido de pertenencia territorial:

“para los indígenas sus espacios territoriales son fuente de identidad y parte de su ser. Más que los territorios pertenezcan a los indígenas, son ellos los que forman parte de la Tierra donde habitan; la Tierra es el lugar de origen, fuente de creencias, sustento de una cosmovisión, prácticas socioculturales peculiares y asiento de un pasado común”<sup>22</sup>.

De tal forma que, al igual que en el sistema estatal, la jurisdicción está repartida, entre otros criterios, por el de territorialidad, de tal forma que el juzgador posea alguna relación con la comunidad afectada por la eventual conducta reprochable. No obstante, a diferencia del sistema indígena, el juez estatal, pocas veces conoce el contexto social del que proviene la gran cantidad de casos y lejos de interesarse por las condiciones dadas, procede a criminalizar al presunto infractor y por extensión, a etiquetar a quienes comparten circunstancias similares. El sistema estatal ha creado estereotipos que fomenta prácticas discriminatorias y criminaliza la pobreza; lo que produce aún más violencia e inseguridad. Para muchos, todo esfuerzo represivo vale la pena, por mantener el *status quo*, favorable para los grupos con capacidad de conducir el uso legítimo de la fuerza.

#### IV. Sistema de fueros

El ámbito de competencia, conjuntamente con el criterio de territorialidad debe extenderse al fuero personal, “se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográfico-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias”<sup>23</sup>. El

22 López Bársenas, Francisco, “Territorios Indígenas”, Internet, <http://www.tlahui.com/terriri.htm>, Acceso: 25 septiembre 2009.

23 Peña Jumpa, Antonio y otros, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 173.

sentido de pertenencia que desarrolla una persona, en relación con un grupo humano tiene una dimensión subjetiva; es decir, tiene que ver con su autodefinición, la identificación cultural, la vinculación con el territorio y con la de sus demás miembros del colectivo. A mi juicio, las infracciones cometidas por agentes externos a la comunidad deberían ser juzgadas por las propias autoridades indígenas puesto que dicha acción produce sus consecuencias en aquella sociedad. Bajo esta línea podríamos encontrarlos ante dos situaciones: por una parte, si se trata de la imposición de medidas reparatorias, indemnizatorias o de prestación de servicios a la comunidad, la autoridad indígena tendría autoridad suficiente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por otra parte, cuando la sanción fuese de carácter físico, no tendría sentido aplicarla puesto que el carácter purificador que fundamenta a estas penas resultaría ineficaz, inocuo e incluso irrespetado por quien no cree en ello; además, sería incoherente con la función reintegradora a la vida comunitaria. Una alternativa podría ser la implementación de sustitución de penas físicas por reparatorias, cuando de agentes externos se tratase.

Por el carácter simbólico y purificador de sanciones, como el azote con ortiga hace que pese a tratarse de una pena física no sea degradante, por el contrario es profundamente rehabilitadora. No es una pena cruel porque no produce inhabilidad física, ni siquiera temporal, tanto es así que después de su aplicación, la persona es recibida en su hogar y es atendida con comida y bebida cual si se tratase de una celebración. Todo esto ante los ojos voluntariamente ciegos de la prensa que únicamente presentan el momento de la sanción.

Para evitar que una persona, proveniente de la sociedad mayor o de otra comunidad indígena, es decir, ajena a una estructura jurídica determinada, no fuese sometida a lo que para ella podría resultar un trato cruel o humillante, las autoridades estatales deberán establecer medios de coordinación institucional con las autoridades indígenas para que, ante una situación como ésta, se garantice una actuación culturalmente respetuosa en uno u otro sentido. Sin perjuicio de ello, si se tratase de un acto constitutivo de delito, las autoridades indígenas tendrían la facultad de intervenir en la aprehensión del presunto delincuente, a fin de ponerlo a órdenes de su juez natural; no obstante, los comuneros deberían tener la posibilidad de participar como

parte procesal a fin de evitar que ante una situación conflictiva de fueros se proceda con irrespeto a la cultura o por el contrario, se fomente la impunidad si se logra la evasión del juzgamiento.

Asimismo, si la infracción fuese cometida por un miembro de una comunidad indígena, dentro de la ciudad (por caracterizar de alguna manera al territorio no ancestral) se deberá diferenciar entre algunas circunstancias. Si la supuesta infracción es contraria a la tradición, pero no al derecho estatal, juzgaría la autoridad comunitaria; por el contrario, cuando se tratase de delitos, pasaría a órdenes de la autoridad estatal toda vez que su interacción con la vida urbana hace que el indígena esté dotado de suficientes elementos de juicio para comprender la falta cometida y sus consecuencias, salvo que dentro del proceso, el juzgador llegase a determinar lo contrario. En este sentido, se concedería a favor de la autoridad estatal una suerte de *competencia preferente*. No obstante, el juzgador estatal deberá actuar con apego al método de *interpretación intercultural* para acertar en la apreciación que haga de los hechos y la consecuente aplicación oportuna del derecho.

El concepto de territorio indígena debe extenderse a aquellos asentamientos urbanos en los que predomina la vida cultural de estos pueblos, independientemente de su ubicación geográfica. Así, los asentamientos ciudadanos, predominantemente indígenas, para efectos de competencia jurisdiccional recibirían un trato análogo, como si se tratase de un territorio ancestral, en estricto sentido (la migración del indígena hacia la ciudad no significa un renunciamiento a su identidad aunque implica la aceptación de ciertas connotaciones inevitables ante la presencia predominante del mundo mestizo). Esta propuesta es congruente con los criterios de extraterritorialidad de la norma jurídica, ampliamente reconocidos por el derecho internacional<sup>24</sup>: “los criterios de extraterritorialidad de la ley se ha extendido a diferentes ramas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>25</sup>.

[Entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5; en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

24 Internet, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6052.pdf>, Acceso: 21 septiembre 2009.

25 Tribunal Supremo Español mediante sentencia N°. 327/2003.

Políticos, artículo 7; e incluso, para su ámbito, en los Convenios de Ginebra, en los cuales también se establece la obligación de cada Estado parte de buscar [en su territorio] a los culpables y someterlos a la jurisdicción de sus Tribunales. (...) además de la obligación de enjuiciar al presunto autor cuando se encuentre en territorio del Estado y no se acceda a la extradición, se incorporan otros criterios de atribución jurisdiccional, entre ellos, el de personalidad pasiva, que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de la nacionalidad de ese Estado y éste lo considere apropiado.]

Por ejemplo, el principio de no devolución, aplicable a las personas en situación de refugio, según el cual las medidas migratorias que adoptasen los Estados deben guardar armonía con el respeto a los derechos humanos. Asimismo, los conflictos existentes entre mestizos, dentro de territorio indígena, pero que no resultaren una amenaza en contra de la armonía y el orden social, deberían ser conocidos, sustanciados y resueltos por la autoridad estatal.

Un primer paso para armonizar la coexistencia de sistemas jurídicos concurrentes consistiría en delimitar el marco de intervención jurisdiccional. Para esto, se deberá implantar puentes para un diálogo intercultural efectivo por medio de veedurías interculturales, tanto por su acción como por su conformación. Estas instancias garantizarían que los derechos de protección tanto de indígenas, como de mestizos sean eficazmente tutelados. En última instancia, será la Corte Constitucional, por medio de su sistema de precedentes, la que irá definiendo principios y reglas relativas a fueros para lo que deberá utilizar criterios de racionalidad, proporcionalidad e interpretación jurídica intercultural; deberá además, asistirse de peritazgos antropológicos.

Asimismo, la Corte Constitucional será la encargada de realizar el control de constitucionalidad del ejercicio de estas potestades para evitar que fuesen contrarias a la intangibilidad del núcleo duro de los derechos fundamentales. Este asunto, podría regularse entre otras formas, mediante la expedición de una ley; no obstante, no sería recomendable que el proceso empiece por ahí, en primer lugar, porque esta forma de crear derecho no es la básica dentro de una tradición esencialmente consuetudinaria como la indígena; pero especialmente, porque la falta de representación efectiva del

movimiento indígena en la Asamblea Nacional podría poner en riesgo el desarrollo de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas. En esta línea, una vez delimitado el sistema de fueros, los jueces estarán en la obligación de ceder competencia e inhibirse del conocimiento de aquellas causas que fuesen atribuibles a la jurisdicción indígena o viceversa, so pena de incurrir en sanciones y provocar la nulidad del proceso.

## V. El debido proceso

El segundo punto que deben abordar los juzgadores al momento de demarcar la competencia guarda relación con el trámite. En el caso del sistema estatal, la actuación del secretario de tierras correspondería a un delito de acción pública, de instancia oficial. En el Código de Procedimiento Penal existen más de tres procedimientos cuyas especificidades, sucesivas audiencias y la posibilidad de provocar incidentes, de manera indefinida, hace imposible que el procesado y la eventual víctima puedan tener dominio sobre su propio conflicto. Por tanto, el conflicto llega a ser monopolizado por el Estado, en ocasiones a diseminarse por la intervención de una infinidad de funcionarios, abogados y auxiliares de justicia. En el sistema estatal, como en “El Proceso” de Kafka<sup>26</sup> (en esta obra, el protagonista, Joseph K., llega a tener conocimiento que se sigue un proceso judicial en su contra; no obstante, ante la intervención de una serie de funcionarios estatales, entre ellos su propio abogado, llega a tal punto de confusión que jamás llega a conocer las razones que motivaron el inicio del proceso, tampoco el estado de la causa, ni las oportunidades que tiene de salir bien librado) las personas directamente interesadas quedan relegadas a segundo o tercer plano, ante una maraña confusa de normas sustantivas, adjetivas y prácticas institucionales.

Los sistemas tradicionales no requieren de un aparato burocrático extenso ni especializado ya que cada uno de los miembros de la comunidad conoce el proceso de juzgamiento, desde que es niño. No existe distinción entre conflictos civiles, penales o de cualquier otra naturaleza porque el pa-

<sup>26</sup> Kafka, Franz, *El Proceso*, Libresa, Quito, 2001.

rámetro de conducta inapropiada está dado por la afectación de las actuaciones humanas a la armonía con la comunidad y para con la naturaleza. Esta paz puede ser importunada por la injerencia del “otro”, lo que obliga a la comunidad a crear mecanismos de autodefensa.

Se ha identificado como principio básico del derecho indígena al *kushikuy kausay* o *alli kausay* que significaría algo así como el mantenimiento de la armonía en las relaciones entre las personas, la comunidad, la naturaleza y la energía cósmica. De este principio se derivarían otros como: *ama llakirina* o no agredir; *ama shua* o no robar; *ama llulla* o no mentir; *ama muku* o no ser avaro; *ama yalli* charina o no ser envidioso; *randi randi* o ser solidario; *ama killa* o no ser ocioso, trabajar. Recordemos que esta suerte de audiencias de juzgamiento indígenas se dan en presencia de toda la comunidad con lo que se logran dos efectos: por una parte, la tradición jurisdiccional se conserva y se transmite visualmente; y por otra, se cumple con el *principio de publicidad*<sup>27</sup>.

En contraposición, en el sistema estatal, según el cual, los procesos judiciales son nominalmente públicos y en tal virtud, cualquier persona puede tener acceso a los expedientes, en la práctica existe un desinterés generalizado por aquellos procesos que no producen escándalo político. La razón puede explicarse por la dimensión conceptual del daño; así, en la comunidad indígena las personas se ven efectivamente afectadas en sus relaciones sociales. Por el contrario, en contradicción con diversas construcciones teóricas que pretenden justificar la intervención penal, la concepción individualista del daño en la sociedad mayor hace de la ofensa un asunto esencialmente personal o familiar, el criterio de inseguridad pública no ha dejado de ser una categoría abstracta, vacía e indeterminada que únicamente ha servido como sustento teórico para incrementar la acción represiva de grupos de poder, al amparo del *ius punendi*, atribuible al Estado.

27 Llasag Fernández, Raúl, “La Jurisdicción Indígena en el Contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad”, en: *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos No. 30, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 205-206.

La publicidad de los procesos de juzgamiento transparenta la acción de la autoridad, previene la arbitrariedad y fomenta la confianza, en consecuencia. Por otro lado, en el sistema indígena la función de juez es concebida como una obligación moral de servicio comunitario, derivado del principio de solidaridad o *randi randi*, por lo que no se trata de un cargo remunerado, en contraposición con el sistema estatal donde el acceso a cargos jurisdiccionales suele verse, aunque no en todos los casos, como una oportunidad para mejorar sustancialmente la economía personal y familiar. Por lo general, las altas remuneraciones son la motivación principal para buscar el acceso a dichos puestos.

Por otra parte, el principio de *oralidad* que progresivamente va insertándose en el sistema estatal pretende favorecer a la observancia del principio la *inmediación* y al de *celeridad*. Pese a los esfuerzos realizados, la cultura jurídica mestiza, sigue tendiendo a procesos escritos. La incorporación de audiencias ha mejorado tal situación; no obstante, en algunos casos son realizadas sin siquiera la presencia del juez. Por otra parte, la posibilidad de crear incidentes, justificados o no, dilatan indefinidamente la resolución del conflicto. De acuerdo con estadísticas oficiales, en el año 2008, en los tribunales penales de la provincia de Pichincha se receptaron a 4.693 causas. En el mismo año, se resolvieron 4.072 que no corresponden a los trámites ingresados sino a los rezagados de años anteriores<sup>28</sup>. Con este déficit y no teniendo otro tipo de análisis estadístico oficial, se calcula que la resolución de las causas tomarían, en el mejor de los casos, un promedio de dos o tres años. Pensemos además que nos referimos a tribunales ubicados, en su gran mayoría en la capital de la República que cuentan con una infraestructura mucho más eficiente que en provincia, por no mencionar al sector rural.

En el caso de los sistemas indígenas, la resolución de los conflictos es casi inmediata. Podemos obviar la fase preventiva o de “*consejo*” en la que se sientan las bases para un eventual juzgamiento futuro. La tradición de la sociedad indígena hace de la oralidad un sistema ordinario y principal de transmisión de la cultura, por lo que las ceremonias de juzgamiento no po-

28 Estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura, Internet, <http://www.cnj.gov.ec/www/pdf/planificacion/estadisticas/Resumen%20Nacional%202008.pdf>, Acceso: 25 septiembre 2009.



drían efectuarse de otra manera. La presencia de la autoridad o de un organismo colegiado favorece la intermediación, la celeridad y la recta utilización de la sana crítica en base a los elementos con los que se cuenta, lo que concor daría también con el principio de *economía procesal* y favorece a la eficacia del sistema en su conjunto.

Al secretario administrador de tierras se le garantizó lo que nosotros llamaríamos el principio de legalidad, tanto en lo relacionado a la tipificación previa de la infracción, cuanto en el establecimiento de la sanción. Lógicamente, para que el concepto de ley sea aplicable al sistema indígena debe asimilárselo al de norma consuetudinaria. Lo esencial es que el secretario está consciente que su actuación es socialmente reprochable por ser contraria a los anhelos de vida armónica entre el individuo y la comunidad, que atenta contra la integralidad del territorio ancestral lo que perjudicaría la actividad productiva, el desarrollo cultural y espiritual de su pueblo. Por tanto, no es necesario que exista un texto que describa a una determinada conducta para que el miembro de la comunidad llegue a conocer que tal o cual actuación es capaz de motivar la reacción comunitaria. En conclusión, la persona encausada conoce la infracción cometida, la eventual sanción que se le impondría y el procedimiento intermedio entre ambos momentos; por tanto, el sistema indígena cumple con el derecho a ser juzgado en virtud de una norma previa, clara, pública y aplicada por una autoridad competente, de acuerdo con el estándar de seguridad jurídica previsto en Art. 82 de la Constitución<sup>29</sup>.

En cuanto a la pena, a lo largo del tiempo se han desarrollado diversos sistemas de proporcionalidad, así dentro de una comunidad indígena no es lo mismo abusar de los bienes públicos a su cargo, que robar una cabeza de ganado. En el segundo caso, se obligaría al resarcimiento pecuniario o en especie y al ofrecimiento de disculpas públicas; en el primero, se procedió con el ritual de purificación consistente en un baño con agua fría y en azotes con ortiga, sobre esto nos detendremos en adelante.

De regreso al caso, una vez conocida la actuación del secretario administrador de tierras, las familias se reunieron para consensuar la adopción de medidas. La primera de ellas fue destituirlo. En concordancia, en el sistema

29 Art. 82, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

estatal, la imposición de una pena privativa de la libertad suspende el ejercicio de los derechos de participación, entre los que se encuentra el acceso y ejercicio de cargos públicos. La segunda medida fue someterlo a la ceremonia de juzgamiento ante el cabildo, en presencia de la comunidad. En el sistema estatal, hablaríamos de una audiencia de juzgamiento.

## VI. La ceremonia de juzgamiento

Una vez que la ceremonia se encuentra instalada se procede con la intervención de personas que gozan de relevancia social o relación directa, en virtud del caso. Por ejemplo, cuando la actuación que motiva el juzgamiento agrava al prestigio familiar son generalmente los padres del juzgado quienes adoptan el rol de acusadores. Una vez expuestas las razones de la parte acusadora, el acusado procede a defenderse. No cuenta con el auxilio de un abogado, pero como ya lo dijimos, tampoco lo necesita. En este momento suelen intervenir los denominados “*palabreros*” que en asimilación al sistema mayor serían una suerte de mediadores que ponen a consideración de la autoridad y de las partes métodos para alcanzar una transacción y resolver el conflicto.

Los criterios de prestigio son diferentes entre el mundo mestizo y el indígena. Para la sociedad mayor es prestigiosa la persona que posee riqueza, que cuenta con un círculo de amistades rimbombantes o que ha obtenido la mayor cantidad posible de títulos educativos. En la realidad indígena, el prestigio es obtenido por los servicios que la persona es capaz de brindar a la comunidad. Así, la sabiduría de una persona acarrea la obligación de servir al pueblo y no una ventaja para acuñar riqueza, en beneficio propio<sup>30</sup>.

Si se llegase a un acuerdo, las partes adquirirían compromisos públicos de reparación y no repetición; y, el caso quedaría cerrado. Si llegase a existir incumplimiento de tales compromisos, se procederá con la sanción respec-

30 Granizo, Asdrúbal, “La Administración de Justicia en los Pueblos Indígenas”, en *Derechos de los Pueblos Indígenas, Situación Jurídica y Políticas de Estado*, Ramón Torres, Galarza (compilador), Ediciones Abya Yala, Quito, p. 40.

tiva, pero ahora es a la comunidad a quien se debe reparar por la omisión en el cumplimiento de obligaciones adquiridas públicamente. Por lo general, se firma un acta que servirá como prueba de una eventual inobservancia.

Si no se llega a un acuerdo o la víctima no se siente reparada con lo propuesto por el palabrero, la autoridad procede a ejecutar la sanción. En este estado del proceso es donde suelen encenderse las cámaras de televisión que recogerán las escenas para reportajes futuros. En la transmisión, el secretario fue colocado ante la mirada del pueblo, bañado en agua fría y azotado con ortiga. La pena es ejecutada generalmente por las mujeres más respetadas de la comunidad. Es común que el azote sea aplicado por la madre, con la ayuda de otras mujeres. Los lazos familiares son muy fuertes por lo que el indígena reconoce autoridad, con poder coercitivo, en la madre, el padre, madrinas, padrinos, hermanas y hermanos mayores.

Para el pueblo indígena, la cárcel es una medida excepcional. Cuando una persona es privada de la libertad permanece en un cuarto en el que cuenta con mejores condiciones de vida, en relación con las cárceles estatales, aunque hay que reconocer que en este aspecto en algo hemos avanzado. Por ser excepcional y por durar pocos días, generalmente la persona se encuentra sola. No hay problemas de hacinamiento. Este sistema de aislamiento temporal busca crear un ambiente de reflexión para el acusado y prevenir su evasión de la justicia. La familia propia e incluso la de la persona ofendida suelen visitarle sin restricción de horario, le llevan comida y bebida lo que fomenta el diálogo y la posibilidad de llegar a consensos. Si la víctima lo perdona, la persona recobra de inmediato la libertad y continúa con su vida, de lo contrario permanecerá en dicha situación, hasta la ceremonia de juzgamiento, lo que tomará aproximadamente una semana. Estudios de campo indican que en la mayoría de veces es la propia víctima la que se apiada del preso y aún sin llegar a consensos le concede su perdón y por tanto, la libertad<sup>31</sup>.

En el sistema estatal, la pena privativa de la libertad es la regla. En el Código Penal casi todos los delitos son reprimidos con prisión o reclusión, sin perjuicio de penas accesorias como el pago de multas y algún reconocimiento a la víctima por concepto de daños y perjuicios. Estas penas no buscan resarcir el daño causado por lo que, si bien la víctima experimenta cierta tran-

31 García, Fernando, *op. cit.*, pp. 34-39.

quilidad al saber que quien le ha infringido un daño se encuentra tras las rejas, no es reparada en el daño objetivamente sufrido. Por otra parte, el Estado se olvida de la víctima y ésta enfrenta los efectos de su situación en soledad. De conformidad con la sección undécima, del capítulo cuarto de la Constitución existe un sistema de protección de víctimas y testigos; no obstante, en la práctica no se ha logrado cubrir este vacío.

El sistema jurisdiccional indígena es efectivamente gratuito. Las personas directamente afectadas o quienes tuviesen conocimiento del cometimiento de una infracción acuden directamente y sin previa cita, ante la autoridad y ésta a su vez, convoca a la comunidad para dar respuesta a tal requerimiento. No es necesario contar con la asistencia de abogados, no se pagan tasas judiciales, no se pagan informes periciales, no es necesario pagar por un lugar digno en la cárcel y las partes no se desgastan psicológica ni emocionalmente, por ser un proceso expedito.

Una vez acabada la ceremonia de juzgamiento, se apagan las cámaras de televisión, lo que no quiere decir que el proceso hubiese culminado. El acusado ha sido purificado, ha pedido perdón a la comunidad y a los afectados, ha prometido no volver a incurrir en dicha falta y se ha comprometido a resarcir los daños. La comunidad confía en él, se restablece el orden y la armonía en la comunidad, lo cual es motivo de celebración. El acusado es acogido por sus familiares y por los comuneros quienes son invitados a comer y a compartir la chicha. Al día siguiente, el ex secretario de tierras volverá a ser un miembro más del colectivo.

El sistema estatal establece como fin de la sanción penal, la *rehabilitación integral*<sup>32</sup> del individuo. Este objetivo contrasta con la realidad debido a las falencias verificables en el sistema penitenciario. Por una parte, el condenado perderá su empleo, se alejará de su familia y personas cercanas a quienes posiblemente les avergüence tener a un presidiario por pariente. La persona al entrar al círculo penitenciario será ubicada en una celda con tantos presos como puedan caber en el espacio físico. No tendrá acceso a una alimentación adecuada, ni medidas básicas de salubridad, perderá su privacidad y será extorsionada por mafias internas (muchas veces auspiciadas por los propios funcionarios del Estado). Así mismo será víctima de abusos de

32 Art. 201, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

carácter sexual y laboral, se lo despojará de sus pertenencias, sin nombrar las tantas otras humillaciones que podría sufrir durante los años que permaneciere en el centro.

Una vez cumplida la pena sabrá que sus hijos han crecido en su ausencia, que su esposa o esposo habrá formado otro hogar, no tendrá empleo y experimentará muchas restricciones para conseguirlo, puesto que el certificado de antecedentes penales lo tachará de persona indeseable y potencialmente peligrosa. La ruptura de lazos familiares, sociales, la adversa realidad vivida en prisión y lo complejo que resulta incorporarse al mercado laboral podría llevar a la persona a delinquir de nuevo o a su anulación social como individuo. Sin mencionar que una vez tramitada la orden de excarcelación y existiendo la posibilidad de “limpiar” el historial delictivo ha generado un mercado negro bastante rentable. En este sentido, el sistema estatal se presta para la creación de focos de corrupción, no así el indígena “la rehabilitación atenta a la dignidad de las personas, atenta contra los fundamentos del garantismo, vuelve al derecho penal de actor, permite la discrecionalidad y por tanto la arbitrariedad, además, no rehabilita”<sup>33</sup>.

Hasta aquí, hemos visto que la gran mayoría de principios que integran las garantías básicas del debido proceso o derechos de protección son aplicables y aplicados en los regímenes de justicia indígena, aunque estos presenten fisonomías distintas. No obstante, existen otros principios que no podrían ser aplicables, lo que a mi juicio, no quiere decir que sean capaces de descalificar a los sistemas tradicionales como legítimos y valiosos.

El derecho de las personas a que otra autoridad, de mayor jerarquía, revise las actuaciones del inferior, no encontraría analogía en el derecho indígena. Las autoridades de los pueblos indígenas no se encuentran jerarquizadas; no obstante, el alto nivel de publicidad ayuda a compensar dicha diferencia. Así, en el momento de la ceremonia de juzgamiento acude toda la comunidad y lógicamente las personas que gozan de algún tipo de relevancia dentro del conglomerado. Sin bien, el principio de la doble instancia pretende eliminar la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales, este abuso de autoridad es casi

33 Ávila Santamaría, Ramiro, “La rehabilitación no rehabilita, la ejecución de penas en el garantismo penal”, en *Ejecución de Penal y Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 5, Quito, 2008, p. 144.

impensable en un sistema donde el control de la comunidad confluye, en unidad de acto. Asimismo, en otro tipo de conflictos, generalmente aquellos de índole familiar, existe un primer momento en el que las familias implicadas se reúnen para aconsejar a quienes están desatendiendo las normas impuestas por la tradición, en estas reuniones se llegan a acuerdos y a compromisos recíprocos que de no ser cumplidos pasarían a ser ventilados ante la comunidad en general. Este método preventivo hace excepcional la intervención de la comuna y configuraría una suerte de segunda instancia.

Por otro lado, el sistema estatal reconoce como derecho el no ser obligado a declarar en contra del cónyuge o familiar cercano. Esta garantía pretende evitar rompimientos familiares, entendiendo que la unión entre personas con lazos sanguíneos es un valor digno de preservar, aún asumiéndose la posibilidad de sacrificar el conocimiento de la verdad material. Por ser un derecho subjetivo, la persona está facultada a renunciar a él y proceder a expresar su testimonio. En el sistema indígena, esta renuncia es mucho más frecuente porque es la propia familia, especialmente los padres, padrinos y hermanos mayores, los que se sienten irrespetados por el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el infractor ante la autoridad familiar. El desprestigio producido a la célula familiar, convierte a los parientes en víctimas directas de dicho desacato por lo que son ellos precisamente los que suelen dar parte al cabildo para que adopte medidas. Como ya se dijo, suele ser la madre quien aplica los azotes, el baño y/o la ortiga al infractor, en todo caso, esta forma de proceder es voluntaria, por lo que existe similitud, en el fondo sobre este punto.

Podría decirse, que el ejercicio de este tipo de facultades, por parte de quienes no integran la función judicial, vulneraría el principio de unidad jurisdiccional, consagrada en el artículo 168, numeral tercero. La réplica a este enunciado puede originarse en la propia concepción de Estado de Derechos, de acuerdo con la estructura jurídica definida por el artículo primero de la Constitución. El reconocimiento de la existencia de nuevas, variadas y válidas fuentes de creación de derecho obliga a la diversificación de los organismos que administran justicia. No sólo hablamos de jurisdicciones de carácter supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional, sino de otros órganos del propio Estado, como la Corte Constitucional o el Tribunal Contencioso Electoral quienes ejercen potestades jurisdiccionales, aún sin pertenecer a la Función Judicial. Adicio-

nalmente, podríamos mencionar a los jueces de paz y naturalmente a las autoridades indígenas; éstas con un principio fundamentador adicional, asentado en la conformación pluricultural del Estado. En consecuencia, la unidad jurisdiccional ha sido relativizada por la propia evolución del ordenamiento. En la actualidad, el criterio de unificación de las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se desprende de la propia Constitución y su respectiva proyección en la ley y no de la división de funciones del Estado; por tanto, éste tampoco sería un argumento fuerte para descalificar a los sistemas tradicionales de justicia.

No se puede hablar de justicia por mano propia por cuanto el uso de la fuerza es ejercido por autoridades, debidamente legitimadas por la comunidad. Tampoco se puede hablar de tortura porque las medidas que se adopta en este tipo de conflictos no dañan físicamente a la persona, aunque sin duda, le provoca cierto grado de dolor. Quiero enfatizar en el carácter moderado del ejercicio de la violencia dentro de estos sistemas, en contraposición con los linchamientos callejeros, absolutamente ajenos a la tradición indígena. La quema de personas vivas, la provocación de lesiones permanentes, ahogamientos, torturas, mutilaciones, asesinatos sumario y extrajudiciales han sido practicados con mucha mayor frecuencia en algunos regímenes nominalmente democráticos.

De acuerdo con los datos obtenidos por la Comisión de la Verdad, creada mediante decreto para investigar crímenes de Estado, producidos en las tres últimas décadas, especialmente en el período del gobierno de León Febres Cordero (1984-1988) se han identificado alrededor de 250 casos, en los que, el 17% tratan sobre asesinatos o ejecuciones extrajudiciales, 10% desapariciones forzadas, en el 70% han sido acompañados de tortura, 18% de abuso sexual, 62% privación ilegal de libertad. De estos, el 58% ocurrieron durante el periodo de 1984-1988 y el 42% en otros periodos presidenciales<sup>34</sup>.

Esto no justifica dicha forma de proceder, por el contrario bajo ninguna circunstancia dejan de constituir un delito al que se le atribuye una sanción

34 Internet, [http://www.coverdad.org.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=97:comision-de-la-verdad-presentara-su-informe-final-en-septiembre-proximo-&catid=36:boletines&Itemid=57](http://www.coverdad.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=97:comision-de-la-verdad-presentara-su-informe-final-en-septiembre-proximo-&catid=36:boletines&Itemid=57), Acceso: 24 septiembre 2009.

penal, inclusive si a nombre de justicia indígena se llegase a producir, en cualquier lugar. La justicia indígena busca reincorporar de inmediato a la persona infractora por lo que mutilar o dar muerte sería un medio absurdo para el fin perseguido. El linchamiento no es equiparable a justicia indígena, ni siquiera se le asemeja, es desproporcional, arbitrario, contrario a toda expresión del debido proceso y en consecuencia no puede ser tolerado.

La aplicación de sanciones en el sistema indígena no es tampoco un acto degradante, como sí lo sería permanecer por años en prisión, bajo condiciones infrahumanas. El azote con ortiga o la utilización del fuste es parte de un ritual purificador que restablece los lazos de amistad entre el infractor y su grupo. Por tanto, la supuesta humillación tampoco constituye criterio válido para descalificar a los sistemas ancestrales.

## VII. Relaciones entre sistemas jurídico concurrentes, a manera de conclusión

Por lo dicho y por tantas otras razones, el Estado está en la obligación de respetar, proteger y promover el ejercicio de prácticas ancestrales, por tratarse de un derecho humano de carácter colectivo. No obstante, al igual que en cualquier otro derecho, la jurisdicción indígena es limitable por la reivindicación de otros derechos fundamentales. En concreto, se justifica la intervención del Estado para garantizar que los miembros de la comunidad no vean afectado el núcleo esencial de sus derechos individuales por parte del grupo. Cabe la intervención estatal si se determina que la práctica ancestral es utilizada como medio de venganza con fines racistas o discriminatorios. Se justificaría además en cuanto impida que factores endógenos o exógenos atentaren contra la práctica de la cultura propia y cuando personas no sujetas al fuero indígena fuesen sustraídas de su juez natural. Por tanto, el ejercicio de este derecho colectivo, como el de cualquier otro, exige del Estado la adopción de medidas positivas o de hacer y negativas o de abstención que garanticen su pleno y progresivo desarrollo, así como para evitar abusos en su ejercicio.

El Estado está obligado a proporcionar una serie de garantías normativas; de diseño e implementación de políticas públicas; e, institucionales,



como sería el caso de la creación de instancias pluriculturales de coordinación. Toda medida que se adoptare tiene que pasar por una fase previa de consenso con las autoridades de los pueblos en cuestión, con la participación informada de la comunidad en su conjunto, a quien se les tiene que asegurar niveles efectivos de incidencia en la toma de decisiones. En este sentido, es indispensable crear canales que garanticen un diálogo intercultural respetuoso y bajo condiciones de igualdad en cuanto a propuesta y veto. Así, las funcionarias y los funcionarios que intervinieren en representación de la sociedad mayor deberán conocer y valorar la cosmovisión de cada uno de los pueblos y nacionalidades con el que se pretenda entablar el diálogo; caso contrario, la complementariedad de estos sistemas seguirá siendo una utopía, pese a la concurrencia esencial de los principios que sustentan a unos y otros, conforme he pretendido justificar en este trabajo.

El primer paso indispensable consiste en reconocer que ninguno de estos sistemas es mejor o peor que los demás, tampoco es más o menos civilizado o bárbaro que otros. Debemos comprender que se trata de sistemas diferentes, que parten de cosmovisiones distintas y a partir de ello han construido a través de los años trayectorias evolutivas y culturales disímiles, poseedoras de su propia riqueza, lo que lejos de ser una barrera debe tenerse como la oportunidad para abrir puertas hacia un aprendizaje recíproco y consecuentemente a una sana valoración del “otro”.

Entre los argumentos teóricos-discursivos para el debate en derechos humanos, Robert Alexy identifica al “*argumento de democracia*”, según el autor está compuesto de tres premisas: a) Sólo puede formarse a través de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad; b) sólo puede darse si los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos rigen y pueden ejercitarse con suficiente igualdad de oportunidades; y finalmente, c) Que el cumplimiento de los anteriores supuestos logren garantizar derechos fundamentales y humanos no políticos, entre los que se encontraría la vida, la libertad, la cultura. Este proyecto impone como condición *sine qua non*, eliminar todo vestigio de prejuicio étnico<sup>35</sup>.

35 Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, libro No. 1, cuarta reimpresión, Bogotá, 2004, pp. 129-131.

De este diálogo, entre interlocutores válidos se tenderá a establecer instancias de coordinación entre las autoridades de los diferentes sistemas jurisdiccionales. Para lo cual, el sistema de fueros que se adopte debe ser lo suficientemente claro y difundido para evitar confrontaciones ulteriores y eventuales conflictos, tanto positivos como negativos de competencia. En todo caso, de llegarse a producir tales enfrentamientos, será la Corte Constitucional la encargada de dirimirlos e ir fijando, por medio de su jurisprudencia, reglas cada vez más detalladas para aquellos presupuestos fácticos imprevistos.

La clave está en construir de forma consensuada; no destruir, no marginar, no invisibilizar al diferente y a su modo particular de entender su posición en el mundo y a sus concepciones existenciales como pueblo. Una verdadera democracia sólo es posible bajo condiciones de diálogo profundo que posibilite el acuerdo que se logra con el respeto irrestricto de todos quienes participan de dicho debate.

## VIII. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, libro No. 1, cuarta reimpresión, Bogotá, 2004.
- Andrade U., Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos No. 30, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- Ardila Calderón, Gerardo, *Diversidad es Riqueza*, Instituto Colombiano de Antropología, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Santa Fe de Bogotá, 1992.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontarama, cuarta reimpresión, México D.F. 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 3, Quito, 2008.

- Ayala Mora, Enrique, *Resumen de la Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Tercera Edición, Quito, 2008.
- Borja Cevallos, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Planeta, Quito, 2007.
- Büschges Christian, Bustos Guillermo y Kaltmeier Olaf (editores), *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.
- Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más Débil*, Trotta, tercera edición, Madrid, 2003.
- García, Fernando. *Formas Indígenas de administración de Justicia*, FLACSO, sede Ecuador, Quito, 2002.
- Gargarella, Roberto, “Las amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia”, en Alegre, Marcelo *et al.*, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Garrorena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Granizo, Asdrúbal, “La Administración de Justicia en los Pueblos Indígenas”, en *Derechos de los Pueblos Indígenas, Situación Jurídica y Políticas de Estado*, Torres Galarza, Ramón (compilador), Ediciones Abya Yala, Quito.
- Kafka, Franz, *El Proceso*, Libresa, Quito, 2001.
- Kowii, Ariruma, *De la Exclusión a la Participación, pueblos indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2000.
- Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Universidad del Valle, Cali, 1994.
- Peña Jumpa, Antonio y otros, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
- Perafán Simmonds, Carlos, *Sistemas Jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuani*, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2000.

Silva Portero, Carolina (ed.), *Ejecución Penal y Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 5, Quito, 2008.

### **Normativa**

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 149 (sentencia de fondo).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tribunal Supremo Español, sentencia N° 327/2003.

# La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia

Juan Montaña Pinto\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. ¿Qué se entiende en Colombia por autonomía indígena? 2.1. Las distintas manifestaciones constitucionales de la autonomía indígena. 2.2. La autonomía gubernativa. 2.3. La autonomía presupuestal y financiera. III. La autonomía jurisdiccional. 3.1. El debate sobre la consagración constitucional del “derecho” a la jurisdicción propia. 3.2. Análisis de jurisprudencia sobre justicia indígena. 3.3. Las reglas jurídicas resultantes. IV. La jurisprudencia convertida en ley: los intentos de promulgar la Ley de Articulación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

---

## I. Introducción

La Constitución ecuatoriana en el artículo 171, igual que hacía la Constitución de 1998 hace un reconocimiento explícito de la facultad de las na-

---

\* Constitucionalista colombiano. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

cionalidades y pueblos indígenas del Ecuador de ejercer funciones jurisdiccionales.

Se ha criticado esa disposición, acusándola de ser un retroceso respecto de la garantía de la autonomía jurisdiccional indígena reconocida en la Constitución de 1998 y en convenios sobre derechos de los pueblos indígenas ratificados por Ecuador<sup>1</sup>, fundamentalmente por tres razones: a) la limitación de la facultad a un supuesto ámbito territorial indígena, sin que se haya definido al tiempo cuales son los territorios indígenas; b) la limitación de la facultad de administrar justicia indígena para resolver conflictos intraétnicos, que desconoce la realidad social, política y demográfica ecuatoriana en la que los pueblos indígenas viven y se relacionan fundamentalmente con mestizos ; y c) el apego excesivo a la versión más liberal del discurso de los derechos humanos, desconociendo los avances del propio discurso de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Pese a la inadecuación del texto constitucional, y justamente por las limitaciones que tiene el desarrollo hecho por el constituyente en Montecristi, se ha planteado la necesidad urgente de desarrollar el tema en el ámbito legal, comenzando por el propio Código Orgánico de la Función Judicial y por la ley de Garantías Constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional que recogen el tema de una manera muy parcial e incompleta, para lo cual en los últimos meses se ha abierto un amplio debate doctrinal y político sobre la necesidad de expedir urgentemente una ley de articulación entre la justicia indígena y la jurisdicción nacional y los términos de esa articulación.

Esta iniciativa en sí misma es muy controvertida y en sus críticas se unen los dos extremos. La mayoría de los voceros indígenas, así como una gran parte de los intelectuales orgánicos que trabajan en la órbita de influencia del movimiento indígena consideran que una iniciativa de esta naturaleza es una herejía por cuanto representa una limitación grave, desde el punto de vista occidental a la autodeterminación indígena, entendida esta en sentido fuerte. Los críticos desde la derecha consideran que la iniciativa es peligrosa porque da patente de corso y legitimidad a graves vul-

1 Montaña, Juan, "La Función Judicial y la Justicia Indígena en la nueva Constitución Ecuatoriana", en VVAA., *Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 207 a 215.

neraciones de los derechos humanos que se producen en ejercicio de la jurisdicción indígena.

El presente texto tiene como propósito brindar algunos elementos de la experiencia colombiana en el tema de la autonomía jurisdiccional indígena. Tengo la esperanza que al conocer con alguna profundidad el caso colombiano, el legislador ecuatoriano pueda encontrar elementos de avance en la clarificación de muchos de los temas que plantea el actual debate ecuatoriano. Concretamente anhelo que la experiencia jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana pueda abrir caminos que permitan a los ecuatorianos no abandonarse al escepticismo y al miedo que produce enfrentarse con aquello que no conocemos.

Para ello se ha dividido el texto en varios capítulos: en el primero se plantea teóricamente el problema de la autonomía indígena, resaltando las particularidades de dicha autonomía respecto de otras formas autónomas presentes en el ordenamiento colombiano; el segundo capítulo recoge de manera sucinta el debate sobre el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena; el tercer apartado incorpora el núcleo central del texto para lo cual hace un examen exhaustivo de las líneas jurisprudenciales sobre autonomía jurisdiccional indígena y establece las reglas jurisprudenciales actualmente vigentes sobre jurisdicción indígena; el último capítulo analiza finalmente los problemas y predicamentos y relativo fracaso que ha tenido la conversión de esas reglas jurisprudenciales en normas legales.

## II. ¿Qué se entiende en Colombia por autonomía indígena?

### 2.1. Las distintas manifestaciones constitucionales de la autonomía indígena

La autonomía es junto con la devolución de sus territorios ancestrales la principal reivindicación histórica de los pueblos indígenas, quienes a lo largo de los siglos de dominación mestiza han exigido de las más disímiles maneras que se les devuelva su poder originario de gobernarse a sí mismos de acuerdo con los sistemas de control y regulación social propios de sus culturas ancestrales y sin la intervención de terceros.

Después de un olvido de casi dos siglos, por fin en 1991 el ordenamiento constitucional colombiano asumió el compromiso de reconocer y darle plena cobertura jurídica a esta secular exigencia de los pueblos indígenas y en ese contexto les reconoció capacidad autónoma de autoorganización en materia política, administrativa, presupuestal y financiera, jurídica y territorial.

En cuanto a la autonomía política y administrativa su principal expresión es el reconocimiento constitucional y legal que el ordenamiento jurídico colombiano hace tanto a los cabildos como a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como autoridades públicas con plena jurisdicción para resolver los más diversos asuntos relacionados con la vida interna de las comunidades indígenas; la autonomía presupuestal y financiera hace referencia a la posibilidad que tienen los pueblos indígenas de recibir recursos del presupuesto del Estado y de manejarlos autónomamente de acuerdo con sus necesidades, usos y costumbres; la autonomía jurídica por su parte tiene dos manifestaciones: en primer lugar está vinculada con el reconocimiento del pluralismo jurídico y en segundo término tiene que ver con el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena, es decir con la capacidad que tienen los pueblos indígenas de darse sus propias normas y administrar justicia de acuerdo con sus procedimientos en el contexto de sus territorios ancestrales.

## 2.2. La autonomía gubernativa

Cuando aludimos a la autonomía política de los pueblos indígenas, también llamada por algunos autonomía de gobierno, hablamos de la capacidad que estos tienen de gobernarse por autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres facultad que, como hemos dicho, está estrechamente vinculada con la existencia de cabildos y al reconocimiento de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como autoridades públicas en sus respectivos territorios.

Respecto a la primera institución, (la del cabildo) hay que recordar que el Art. 3 de la Ley 89 de 1890 determinó que *“en todos los lugares donde se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por estos conforme a sus costumbres”*. De acuerdo con el Art. 7 de dicha ley estos Cabildos tienen además del gobierno económico de las par-



cialidades<sup>2</sup>, y de la capacidad de establecer autónomamente sus propias normas y procedimientos, la potestad de formar y custodiar el censo de las familias que hacen parte de la parcialidad, la capacidad de actuar ante las autoridades nacionales para guardar y protocolizar las providencias y demás documentos donde consten los títulos de propiedad de las tierras de la comunidad, la potestad de distribuir las tierras y demás beneficios comunitarios entre las familias de la parcialidad, la determinación de la distribución y uso de los bienes de uso común pertenecientes al resguardo y la facultad de resguardar la integridad de la tierra comunitaria, lo cual incluye la potestad de impedir cualquier acto de enajenación de cualquier porción del resguardo. Por su parte el Decreto 2164 de 1995 que reglamenta parcialmente la actual ley de reforma agraria (Ley 160 de 1994) estableció claramente la naturaleza pública de la función que cumplen los cabildos indígenas.

De acuerdo con lo estipulado en el Inciso 5 del Art. 2 de dicho decreto el cabildo indígena:

Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que les atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

En relación con el reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas como autoridades públicas el inciso cuatro del Art. 2 del citado decreto determinó que “las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen las mismas atribuciones que de acuerdo con la legislación nacional corresponde a los Cabildos” e igualmente estableció que se entiende por autoridades tradicionales indígenas. Según esta norma las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen den-

2 Sobre el contenido del gobierno económico de las parcialidades indígenas el artículo cuatro de la Ley 89 de 1890 dispone que en esta materia los cabildos tienen todas las facultades que les hayan transmitido sus usos y estatutos particulares, con tal de que no se opongan a la ley ni violen las garantías de que disfrutaban los miembros de la parcialidad en su calidad de ciudadanos.

tro de la estructura propia de la respectiva cultura un poder de organización, gobierno, gestión y control social.

### 2.3. La autonomía presupuestal y financiera

Otra manifestación esencial de la autonomía que la Constitución otorga a los pueblos indígenas que tiene mucha relación con su capacidad de autogobierno es la autonomía presupuestal y financiera que la Carta de 1991 garantiza a los resguardos en virtud de lo establecido en el Art. 356 de la Constitución colombiana.

Cabe advertir que si bien esta nueva redacción de la Constitución mantiene en el ordenamiento jurídico la participación de los resguardos en las rentas nacionales, en realidad ésta fue desconstitucionalizada de facto por el acto legislativo No. 01 de 2001. De igual manera la participación de los resguardos en las rentas nacionales fue normativamente degradada pues si bien es cierto que el actual Art. 356 de la Constitución, (modificado por el Art. 2 del Acto Legislativo No 01 de 2001), recoge formalmente la participación de los Resguardos en los Ingresos Corrientes de la Nación, lo hace de tal manera, que resulta ser una disposición sin virtualidad jurídica práctica, dado que hace depender esa garantía constitucional de la hipotética expedición de una ley que debe crear las entidades territoriales indígenas<sup>3</sup>, promulgación que, si nos atenemos a la historia legislativa del país de los últimos 15 años, no es previsible en el corto y mediano plazo dado que se trata de una ley que de ser aprobada amenazaría los equilibrios regionales en los que se basa toda la arquitectura burocrático-institucional del establecimiento político colombiano.

Y son precisamente esas razones de política interna que impiden la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial las que nos permiten asegurar que a pesar de la consagración formal en la Constitución de la participación de las Entidades Territoriales Indígenas (ETIS) en las rentas nacionales, en realidad esta participación se encuentra desconstitucionalizada pues hasta tanto no se produzca la creación de las Entidades

3 Nos referimos a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Territoriales Indígenas (ETIS), será el legislador el encargado de regular la participación de los Resguardos en los recursos del Sistema General de Participaciones, lo cual indica claramente que hasta tanto no sea promulgada la citada Ley de Ordenamiento Territorial, la participación de los Resguardos en las rentas nacionales ha perdido las garantías que tenía al estar incorporada en la Constitución.

### III. La autonomía jurisdiccional

#### 3.1. El debate sobre la consagración constitucional del “derecho” a la jurisdicción propia

De acuerdo con las normas de la Constitución colombiana de 1991 (Art. 246 de la Constitución) las autoridades de los pueblos indígenas colombianos tienen la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que estos no sean contrarios a la Constitución y a la Ley.

Si se hace un análisis estructural de tal disposición encontramos que la característica fundamental del texto aprobado respecto es su indefinición con la naturaleza jurídica de tal facultad. Nótese que la norma aprobada, no está ubicada en los títulos relativos a la parte dogmática de la Carta constitucional, sino que hace parte del capítulo relativo a la organización de la rama jurisdiccional, es decir a la parte orgánica, por lo que el derecho subjetivo de naturaleza colectiva que se pretendía contemplar a favor de los pueblos indígenas no queda claramente definido como tal, con lo cual se ha dificultado su ubicación en el plano de la teoría de los derechos.

Eso no significa, sin embargo, que la autonomía jurídica y especialmente la jurisdicción especial indígena no pueda ser reivindicada como un derecho colectivo diferenciado propio de los pueblos indígenas. Tal como ha demostrado Isabel Cristina Jaramillo<sup>4</sup> existen múltiples argumentos, tanto normativos como jurisprudenciales, que permiten sostener la existencia de un

4 Jaramillo Sierra, I. y Sánchez Botero, E., *La Jurisdicción Especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000, pp. 127 y 128.

derecho a la jurisdicción especial indígena como manifestación específica del derecho colectivo a la autonomía indígena.

En primer lugar, existe un argumento derivado de la lectura del texto constitucional: Si se lee cuidadosamente el mencionado Art. 246 constitucional se encontrará que este determina que “las autoridades de los pueblos indígenas *podrán* ejercer funciones jurisdiccionales mientras que cuando se refiere a los máximos tribunales de las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente la forma verbal que asumen las funciones de estos órganos no es la condicional. Respecto de la Corte Suprema de Justicia el Art. 234 dice: “La Corte Suprema de Justicia *es* el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”. Por su parte el Art. 237 refiriéndose a las funciones del Consejo de Estado dispone: “Son atribuciones del Consejo de Estado: 1) Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo”.

Así pues mientras que en el caso de las autoridades indígenas la Constitución usa el verbo poder en forma condicional, lo que indica que está concediendo una facultad jurídica, en los demás casos se utilizan los verbos en forma imperativa o en presente simple (es, son, cumplirá, etc.) lo cual se explica porque la jurisdicción ordinaria como función propia de los estados soberanos no necesita ser reconocida sino regulada constitucionalmente, mientras que en el caso de los pueblos indígenas, (que no son estados independientes) la posibilidad de administrar justicia es una facultad que el Estado otorga a sus autoridades como corolario del reconocimiento de la diversidad étnica que caracteriza la sociedad colombiana.

O dicho de otra manera, el hecho de que el reconocimiento constitucional a la jurisdicción especial indígena se haga bajo la forma verbal condicional y no por medio del imperativo que indica la Constitución no pretendía atribuir una función, sino un derecho subjetivo a los pueblos indígenas o de lo contrario hubiera usado como en el caso de las demás jurisdicciones otro tipo de formas verbales que indicarán obligación o función.

Pero además de este argumento exegético existe una demostración aún más concluyente relacionada con la propia estructura de la Constitución como norma. No se puede olvidar que en la Constitución colombiana de 1991, a diferencia de otras constituciones, la enumeración de los derechos constitucionales fundamentales no está limitada por el epígrafe correspon-

diente, sino que por el contrario el reconocimiento de facultades de esta naturaleza está desperdigada por todo el texto constitucional.

En segundo lugar existen razones que apoyan esta interpretación que provienen tanto del derecho internacional de los derechos humanos y concretamente del texto del Convenio 169 de la OIT como del derecho jurisprudencial construido por la Corte Constitucional. Con respecto a estas últimas y sin perjuicio de los argumentos que analicemos cuando examinemos las distintas sentencias que conforman la doctrina constitucional sobre la jurisdicción especial indígena, debemos decir que si bien la Corte Constitucional inicialmente no se refirió a la jurisdicción indígena como un derecho, desde el comienzo reiteró que se trataba de una facultad discrecional que la Constitución reconoce a las autoridades indígenas<sup>5</sup>.

La jurisprudencia de la Corte es aún más clara al respecto en la Sentencia T – 349 de 1996. En esta providencia la Corte Constitucional reconoce la autonomía de las autoridades indígenas en cuanto a asumir o no el conocimiento de un caso de homicidio en el que el sindicado era un indígena. En esa ocasión específicamente la Corte resolvió lo siguiente:

Cuarto. Consultar a la comunidad Embera Chami reunida en pleno sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales (...), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento.

Como se ve claramente, la Corte no obliga a la comunidad indígena a asumir el conocimiento del caso sino que por el contrario ordena que se consulte a la comunidad sobre su voluntad de asumir nuevamente el juzgamiento del indígena sindicado de haber cometido un homicidio y es por ello que puede concluirse sin ningún tipo de dudas que la jurisdicción especial indígena es una manifestación esencial del derecho a la autonomía y no una mera función pública atribuida por la Constitución. Ciertamente cuando se atribuye a un sujeto un derecho se le está dando tanto la posibilidad de hacer aquello que se autoriza (aspecto positivo del derecho) como de negarse o abstenerse de hacerlo (aspecto negativo del derecho), mientras que, por el con-

5 Así lo señala específicamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-139 de 1996.

trario, cuando se atribuye a una persona o entidad una determinada función esa persona o institución está en la obligación de ejecutar las actividades relacionadas con la función, so pena de incurrir en una vía de hecho.

Para finalmente concluir la evolución de la línea jurisprudencial en la Sentencia T – 266 de 1999 donde se hace explícito el carácter de derecho colectivo o de grupo de la jurisdicción Especial Indígena<sup>6</sup>.

### 3.2. Análisis de jurisprudencia sobre justicia indígena

La primera sentencia relevante sobre el tema de la autonomía jurisdiccional indígena es la Sentencia de Tutela T- 254 de 1994. La importancia de esta providencia estriba en que además de dirimir el obvio conflicto que se produce entre los principios de autonomía y respeto a la diversidad étnica y cultural y el de la búsqueda de la unidad nacional, establece una serie de reglas generales sobre la comprensión del principio constitucional de debido proceso en contextos multiculturales.

Los hechos que sirven de sustento al pronunciamiento de la Corte Constitucional son los siguientes: a) un ciudadano, perteneciente al pueblo indígena Coyaima Natagaima, interpuso acción de tutela contra los miembros directivos del cabildo de su comunidad aduciendo que las autoridades indígenas habían decidido expulsarlo de la comunidad junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto; b) a juicio del solicitante de la tutela su exclusión de la comunidad se había realizado sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado la investigación respectiva en relación con los hechos imputados; c) el Tribunal de primera instancia, denegó la tutela por considerar que la decisión comunitaria de expulsión adoptada por la comunidad indígena en contra del actor se adoptó en ejercicio de su derecho de libre asociación; d) el demandante impugnó la decisión ante la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante sentencia confirmó la decisión en su totalidad.

Los problemas jurídicos que plantea la sentencia son varios a saber: la determinación de la naturaleza de las actuaciones del cabildo indígena en el

<sup>6</sup> Concretamente la Corte lo denomina Derecho Comunitario al ejercicio de la jurisdicción especial. Ver Corte Constitucional, Sentencia T- 266 de 1999, F.J. 5.

caso concreto; la definición de si dichas actuaciones vulnerar o no el derecho fundamental al debido proceso del demandante; y establecer si la pena impuesta resulta contraria a la Constitución por desconocer la prohibición constitucional de las penas de destierro y confiscación, por la expulsión de que fue objeto por parte de la comunidad indígena.

En relación con el primer problema jurídico planteado la Corte determinó que las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación, sino que son “una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas”.

Partiendo de esa regla esencial, la Corte entra en el meollo del problema jurídico, considerando que la decisión de expulsar al demandante es una sanción por la ejecución de unas conductas contrarias a los usos y costumbres de la comunidad, es decir que se trata de un típico acto jurisdiccional ejecutado en desarrollo de las competencias que la Constitución le otorga a las autoridades indígenas.

Precisamente para llegar a esta solución la Corte hace una serie de consideraciones teóricas sobre el espacio de acción que tiene la autonomía indígena en el contexto de un Estado unitario como el colombiano. En ese sentido, dice la Corte que a los miembros de las comunidades indígenas la Constitución les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera propia de cualquier entidad territorial sino que también se les reconoce el ejercicio de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades, quienes pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Para la Corte Constitucional esta autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas no es absoluta sino que debe ejercerse dentro de los estrictos límites señalados por el mismo texto constitucional, es decir de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando estos no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Una vez definida la existencia de una comunidad indígena y determinado su mayor o menor autonomía en relación con la conservación de su cul-

tura, la Corte resolvió el segundo problema jurídico. Para ello la Corte establece una serie de reglas que circunscriben los límites de la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas. Estas reglas son las siguientes:

- a) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; b) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; c) Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural, y , d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas<sup>7</sup>.

La asunción de estas reglas-límite le permiten a la Corte formular una regla jurídica práctica que a su vez facilita juzgar la constitucionalidad o no de la actuación de las autoridades indígenas en el caso concreto. De acuerdo con la sentencia, el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas, de tal manera que cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, estas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el Art. 29 de la Constitución.

En el caso concreto, a juicio de la Corte Constitucional existe una violación del debido proceso en cuanto la pena impuesta a la familia del demandante fue desproporcionada, porque ellos sin haber participado directamente en los hechos fueron sancionados a la misma pena que su autor, como si hubiesen sido partícipes de los mismos, situación que viola los principios de responsabilidad individual e individualización de la pena que sobrepasa ampliamente el margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley a las autoridades indígenas, de tal manera que las actuaciones del Cabildo en el caso objeto de revisión violan el derecho fundamental al debido proceso del demandante y concretamente de su familia y ordena a las autoridades indígenas acoger pro-

7 Corte Constitucional Sentencia, T- 254, 1994.



visionalmente en la comunidad indígena al actor y a su familia, mientras se procede nuevamente a tomar la decisión sin que la sanción pueda involucrar a su familia dentro de un juicio que respete las normas y procedimientos de la comunidad<sup>8</sup>.

El tercer problema jurídico planteado tiene como elemento esencial determinar si la decisión de expulsión constituye una pena de destierro y confiscación que es uno de los límites explícitos a la potestad punitiva de las autoridades indígenas. Considera la Corte que la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones y en consecuencia la expulsión del demandante no vulneró la prohibición constitucional del destierro.

Una valoración global de la Sentencia T-254 de 1994 nos permite decir que en términos generales la Corte Constitucional en el caso objeto de examen optó por hacer un reconocimiento muy restringido de la libertad punitiva a la comunidad y el establecimiento de unos límites sumamente estrictos sobre la base de las reglas descritas.

Como se ve, si bien la solución adoptada constituye un avance con relación a la consideración de los “usos y costumbres” indígenas anterior a la Constitución<sup>9</sup> pero mantiene una visión etnocéntrica y absolutista en relación con la supremacía absoluta de esos *“mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones”* [ya que según la Corte]. *“Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”*.

La segunda sentencia significativa sobre autonomía jurisdiccional indígena es la C-139 de 1996. Tuvo su origen en una demanda de inconstitucionalidad de un grupo de ciudadanos contra la Ley 89 de 1890. Para resolver la inconstitucionalidad planteada, la Corte dividió la parte considerativa de la providencia en dos secciones: en la primera hace una serie de consideraciones teóricas sobre el contenido del derecho de los pueblos indí-

8 Corte Constitucional Sentencia T-254 de 1994 F. J. 17.

9 Sobre el particular, ver Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 18 de septiembre de 1984, M. P., Luis Enrique Aldana Rozo.

genas a la autonomía jurisdiccional en el contexto de la promoción de la diversidad cultural; mientras que en la segunda se ocupa específicamente de la declaración de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

En relación con el primer problema jurídico planteado en la sentencia encontramos que la Corte entiende que la autonomía que la Constitución otorga a los pueblos indígenas es más amplia que aquella otorgada a otros entes territoriales a los que les atribuye esta facultad, pues la autonomía otorgada a las comunidades indígenas se extiende al ámbito jurisdiccional en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”.

Inmediatamente después la Corte entra a resolver acerca de los elementos básicos de la jurisdicción especial indígena. De acuerdo con la Corte son cuatro los elementos centrales de esta jurisdicción: a) la posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, b) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, c) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y, d) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. A juicio de la Corte colombiana los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

En cuanto a la vigencia de la jurisdicción especial indígena, reiterando la regla establecida por la Sentencia T-254 de 1994, se determina que la vigencia de la jurisdicción indígena no depende de la expedición de la ley de coordinación con el sistema judicial nacional, de tal suerte que el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.

Respecto de los límites del poder sancionatorio de las autoridades indígenas es donde la Sentencia C-139 de 1996 hace la principal modificación en la línea jurisprudencial. Recordemos que en la Sentencia T-254 de 1994 la Corte Constitucional había establecido la doctrina de los límites intangibles a la jurisdicción de las autoridades indígenas. En la Sentencia C-139 de 1996 la Corte mantiene la teoría de la autonomía limitada de las autoridades indígenas en relación con su capacidad de administrar justicia pero cambia la perspectiva en la que estos límites actúan. Para la Corte en lugar de límites normativos estrictamente establecidos, existen límites fácticos defi-

nidos por el juez en cada caso atendiendo a las circunstancias del conflicto concreto, es decir: a) a la cultura involucrada, b) al grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, y, c) al grado de afectación de los miembros de la comunidad.

En ese sentido, la valoración de los distintos principios constitucionales no existe una jerarquía de derechos sino que el peso de los principios del respeto a la diversidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas deben valorarse sólo frente a casos concretos, pues resulta imposible establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y los demás principios constitucionales.

En lo concerniente a la segunda parte de la sentencia, donde la Corte estudia específicamente los cargos que los demandantes hacen a la Ley 89 de 1890, hay que decir que si bien la Corte declara la inconstitucionalidad de las normas acusadas, lo hace atendiendo a razones constitucionales totalmente distintas a los argumentos esgrimidos por los actores de la demanda.

Particularmente, en relación con el primer cargo la Corte dispone que si bien *“La terminología utilizada en el texto, al referirse a “salvajes” y “reducción a la civilización” desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural”*, y por lo tanto la Corte no encuentra ninguna razón constitucional para mantener en vigencia el artículo acusado, como quiera que su significado, independientemente de los términos en que se expresa, es contrario a la Constitución.

Sin embargo, se puede entender, dice la Corte, que dichos términos ya han sido derogados tácitamente por las nuevas leyes que regulan la materia (específicamente por el Convenio 169 de la OIT, que habla de *“pueblos indígenas y tribales”* y, sobre todo, por la Constitución de 1991) y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada tiene más un sentido simbólico que real<sup>10</sup>.

En esta providencia la Corte defiende una concepción pluralista de las relaciones entre las distintas culturas que hacen parte del pueblo colombiano y por lo tanto rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas que subyacen al texto de la Ley 89 de 1890. En ese sentido más que declarar la inconstitucionalidad de los textos normativos que hacen

10 Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, FJ 6.3.

parte de la ley 89, la Corte en la sentencia elimina el sustrato ideológico integracionista y racista que todavía podía quedar en ella, conservando el texto de la ley.

Ante el riesgo de dejar sin sustento legal las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas la Corte señala claramente que *“la declaración de inexequibilidad del Art. 1 de la Ley 89 de 1890 no implica la desaparición de la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas de dictar sus propias normas y procedimientos, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley”*, pues a juicio del máximo juez constitucional esta facultad es resultado directo del texto del artículo 246 de la Carta, que tiene eficacia normativa autónoma y que, por tanto, regula la potestad legislativa y jurisdiccional otorgada a las comunidades indígenas.

Respecto del segundo cargo, la Corte tampoco encontró una justificación razonable para las limitaciones que el Art. 5 de la Ley 89 de 1890 imponía a la diversidad étnica relativas a la autoridad competente y al contenido de las sanciones imponibles y declaró contrario a la Constitución dicho artículo.

En relación con las limitaciones que el artículo acusado impone al tipo de sanción imponible por parte de las autoridades indígenas la Corte considera que es contraria tanto a la letra del Art. 246 de la Constitución como a la realidad de los pueblos y comunidades indígenas, puesto que:

Dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos graves que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares de tal suerte que es constitucionalmente posible que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa<sup>11</sup>.

En relación con los cargos de inexequibilidad imputados al Art. 40 de la Ley 89 de 1890, la Corte efectivamente declaró la inconstitucionalidad de la norma, pero no por las razones esgrimidas por los demandantes relacionadas con la edad legal en que los colombianos adquieren la mayoría de edad, sino

<sup>11</sup> Ver Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, E.J 6.3.

por desconocer “la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, y porque el Constituyente de 1991 estableció la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales de las etnias asignándoles, entre otros, el carácter de inalienables de manera que no pueden ser objeto de venta o transacción alguna por parte de ninguno de los miembros que conforman la comunidad indígena.

En suma, la Sentencia C-139 de 1996 constituye un avance importante en la comprensión de los límites al poder sancionador de que son titulares las autoridades de los pueblos indígenas respecto de la posición original de la misma Corte consagrada en la anterior providencia puesto que acepta que los límites al derecho que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas de juzgar y sancionar conductas de acuerdo con sus propias normas y procedimientos no está limitado por barreras normativas intangibles (el debido proceso, el catálogo de derechos fundamentales, o las normas imperativas) sino que estos límites deben ser definidos por el juez en el caso concreto de acuerdo con las particularidades de la cultura indígena involucrada y el grado de afectación de los miembros de la comunidad, lo cual significa un importante avance en la búsqueda del dialogo intercultural que propugna la Constitución.

El siguiente pronunciamiento jurisprudencial relevante es la Sentencia T-496 de 1996. Este pronunciamiento es fundamental porque en la Corte hace un estudio panorámico del tema y sintetiza las reglas que definen la competencia judicial de las autoridades indígenas.

Los hechos que anteceden al pronunciamiento de la Corte Constitucional son los siguientes: a) el demandante asesinó a un compañero de trabajo y como consecuencia fue capturado y puesto a disposición de la Fiscalía donde se escuchó su versión de los hechos y se le nombró defensor de oficio; c) la Fiscalía dictó en su contra Resolución de Acusación<sup>12</sup>; d) posterior-

12 En Colombia el proceso penal tiene dos etapas: una primera etapa de la investigación que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, y a sus delegadas que termina bien con la resolución de acusación, bien con la declaratoria de la preclusión de la investigación o bien con el *proferimiento* de un Auto Inhibitorio, y una segunda etapa, llamada etapa del juicio, que corresponde a los jueces y tribunales de lo penal donde después de analizar las pruebas recaudadas durante la etapa anterior se resuelve definitivamente sobre responsabilidad del imputado y se le condena o se le absuelve.

mente, dentro de la etapa del juicio, el defensor del demandante solicitó como prueba un peritaje antropológico y una valoración psicológica del imputado a fin de establecer “una posible inimputabilidad por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena inadaptado al medio social en que se desenvuelve”; e) el peritaje antropológico recomendó devolver al imputado a su entorno cultural, para que fuera juzgado por las normas tradicionales de la etnia Nasa a la que pertenece, mientras el psiquiatra forense encargado de hacer la valoración psicológica consideró que el demandante, “*estaba en plena capacidad para comprender la ilicitud de su acto*”; f) el actor fue condenado en primera instancia por el delito de homicidio; h) el defensor del actor apeló la sentencia de primera instancia y el juez *ad – quem* rechazó las pretensiones del peticionario y confirmó la sentencia condenatoria, señalando que por el sólo hecho de ser indígena no se está en incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta; i) el actor decidió interponer acción de tutela, reiterando la solicitud de reconocimiento de su raza indígena para poder ser juzgado conforme a las leyes de su comunidad, tutela que fue denegada por el juez y posteriormente confirmada por el juez de segunda instancia.

Para llegar a una decisión en el caso la Corte dividió su providencia en tres apartados: en una primera parte la Corte formula su doctrina general sobre el significado del reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural mientras en la segunda hace un estudio integral de la jurisdicción especial indígena y en la parte final examina los problemas que presenta el caso concreto.

La parte segunda de la providencia es a nuestro juicio la más importante. En ella la Corte hace un estudio integral de la jurisdicción especial indígena que incluye: a) la determinación del alcance y los límites del mal llamado “fuero indígena”, b) sus elementos, c) las determinación de las reglas de competencia de las autoridades indígenas en materia judicial, y, d) el establecimiento de las reglas que deben cumplir los jueces ordinarios nacionales cuando se trate del juzgamiento de indígenas<sup>13</sup>.

13 El análisis de estas reglas incluye un profundo examen de la evolución legislativa de la materia hasta la adopción de la diferencia valorativa como directriz interpretativa prevalente en la solución de los casos en los que intervenga un indígena.

En cuanto al alcance del fuero indígena la Corte considera que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un “fuero”. En efecto, la Constitución concede a los indígenas el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. En este principio se manifiesta con especial claridad la visión que en el momento de proferir la sentencia tenía la Corte sobre la naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. De acuerdo con esta interpretación los derechos colectivos de los grupos étnicos son 4 manifestaciones especiales o mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los indígenas individualmente considerados. Nótese la diferencia de esta posición con las sostenidas por la propia Corte en sentencias posteriores como la T-510 de 1998 donde ya se reconoce la independencia y singularidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas respecto de los derechos fundamentales de sus miembros.

En relación con los elementos que caracterizan y definen la capacidad de las autoridades indígenas para administrar justicia en sus territorios, la Sentencia establece dos elementos del “fuero”: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter geográfico o territorial, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio. En relación con el territorio es importante anotar que la Corte ha establecido un precedente más o menos claro según el cual el termino territorio no equivale a la figura del resguardo sino que incluye aquel habitualmente ocupado por la comunidad indígena. Un ejemplo de utilización extensiva del término territorio por parte de la Corte Constitucional lo podemos ver en la Sentencia T-384 de 1994 en la cual la Corte determinó que la oficialidad de las lenguas indígenas no se predica exclusivamente del resguardo, sino de todo el territorio de un departamento donde la mayoría de la población es indígena<sup>14</sup>.

A partir de estos dos elementos la Corte colombiana estableció las reglas para definir la competencia de las autoridades indígenas frente a los jueces or-

14 Jaramillo Sierra, I., *op. cit.*, p. 133.

dinarios. Para la Corte, la coordinación entre estas dos jurisdicciones depende de las circunstancias particulares de cada caso, pues la solución cambia si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo.

En el primero evento, esto es, si se juzga a un indígena por un hecho cometido dentro del territorio de una comunidad, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional. En el segundo caso, esto es si se juzga a un indígena por hechos cometidos fuera del territorio indígena se pueden presentar diversas situaciones, cada una de las cuales tiene una solución distinta:

- a. Que la conducta del indígena sólo sea punible de acuerdo con el sistema jurídico indígena caso en el cual las autoridades indígenas decidirán si juzgan o no el caso.
- b. Que la conducta del indígena sólo sea punible de acuerdo con el ordenamiento nacional, caso en el cual los jueces de la República son en principio los competentes para conocer del mismo. Sin embargo en este caso los jueces tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía o no el carácter ilícito de su conducta para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero, es decir que tiene que establecer un juicio sobre la imputabilidad del sujeto, una vez hecho lo cual se pueden presentar a su vez dos situaciones distintas:
  - b. 1. Si el autor era inimputable es decir, si al autor del ilícito no le era posible entender la *reprochabilidad* de su conducta, el juez deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica.
  - b. 2. Si por el contrario y dada su especial relación con la comunidad mayoritaria el indígena imputado de cometer un delito conocía el carácter antijurídico del hecho, la sanción en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.
- c. Pero también puede ocurrir que la conducta sea sancionada en ambos sistemas jurídicos caso en el cual en principio conoce la jurisdicción nacional pero el juez deberá tomar en consideración la conciencia



étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.

En definitiva, para determinar los casos que son competentes las autoridades indígenas para conocer de un caso el lugar donde ocurrieron los hechos no es suficiente criterio, sino que dicho factor territorial solamente es bastante cuando las partes involucradas pertenecen todas al mismo grupo étnico, pero cuando se trata de un conflicto interétnico se deben tener en cuenta además las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y la afectación del individuo frente a la sanción.

La siguiente providencia importante es la Sentencia T-266 de 1999. Aún cuando ciertamente este fallo no modifica sustancialmente la línea jurisprudencial marcada en las sentencias anteriores, sin embargo es útil reseñarla porque es una muestra significativa de cómo se ha producido el asentamiento de la doctrina constitucional respecto de la autonomía de los pueblos indígenas.

La Corte dividió formalmente la providencia de acuerdo con los problemas jurídicos que planteaba el caso, de los cuales los más importantes son: a) si durante el proceso penal los jueces de instancia violaron o no el derecho de defensa del actor cuando se le declaró persona ausente a pesar de conocerse el lugar de su residencia y trabajo, y se le procesó y condenó sin prueba sobre su imputabilidad; b) si se violó el derecho del actor al debido proceso por desconocimiento del juez natural; c) si se vulneró o no el derecho colectivo de los Arhuacos de Jewrwa al ejercicio de la jurisdicción especial propia, y finalmente, d) la validez de la sentencia absolutoria adoptada por los Mamos en 1988, y la presunta vulneración del principio *non bis in idem*, dado que al momento en que estos juzgaron el caso (1988) no estaba aún en vigencia la Constitución de 1991.

Respecto de la violación del debido proceso por la realización del juicio en ausencia, la Corte considera probado que aún cuando se sabía donde vivía el demandante los jueces de instancia no hicieron lo necesario para localizarlo y por lo tanto se violó flagrantemente su derecho de defensa.

Adicionalmente, a juicio de la Corte, Suárez Álvarez se quedó sin una defensa técnica, porque el defensor de oficio nunca se comunicó con él, limitó la defensa a una intervención oral en la audiencia de juzgamiento, no solicitó la práctica de la prueba requerida para establecer su imputabilidad, no alegó la nulidad que se originó en la falta de esa prueba, ni la generada por la indebida notificación de la resolución de acusación, y finalmente se abstuvo de apelar la sentencia condenatoria cerrando la posibilidad de acudir a casación.

Pero, además la Corte considera que hubo una violación del debido proceso, porque al momento de dictar la sentencia no se hizo ningún juicio acerca de la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, tal como lo establecía la legislación penal de la época en que comenzó el juicio, cuando se trataba de un imputado indígena. Ahora bien, como el proceso penal terminó una vez proferida la Constitución a juicio de la corte ya no era suficiente un juicio sobre la imputabilidad del indígena procesado sino que el juez ordinario debía declararse incompetente para conocer del proceso por ser un asunto donde tanto el sindicado como la víctima del delito eran indígenas y haber ocurrido este en territorio indígena.

Esta importante consideración sobre la incompetencia del juez ordinario condujo directamente a estudiar la vulneración del debido proceso por desconocimiento del juez natural y la violación del derecho colectivo a la jurisdicción especial indígena. Sobre el particular la Corte encuentra en las actuaciones de los jueces de instancia desconocieron el principio del juez natural y violaron la facultad que la Constitución otorga a las autoridades indígenas de administrar justicia en sus territorios de acuerdo con sus propias normas y procedimientos.

En su argumentación, la Corte rechazó las argumentaciones del juez de instancia sobre el alcance del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación y reitera la doctrina constitucional sobre la materia, según la cual, tanto el derecho fundamental al debido proceso como el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a tener una jurisdicción especial son de aplicación directa e inmediata. En opinión de la Corte, "el proceso penal contra Suárez Álvarez debió pasar al conocimiento de las autoridades tradicionales del pueblo Arhuaco una vez entró en vigencia la actual Carta Política, para lo cual una vez más insistió en la necesaria aplicación de las reglas de competencia establecidas en la Sentencia T – 496 de

1996. Para la Corte era evidente que “*los hechos por los cuales se sindicó al actor fueron cometidos dentro del territorio que controla el pueblo indígena Arhuaco y que el demandante es, además, miembro activo de dicho pueblo*” y por consiguiente, el Juez de Valledupar violó el derecho del demandante a ser procesado por su juez natural, y violó al pueblo Arhuaco su derecho fundamental a ejercer la jurisdicción especial que la Constitución asignó a sus autoridades tradicionales.

Estos argumentos, le sirven a la Corte para concluir que en el caso que estamos estudiando no se produjo una sentencia en el sentido técnico del término al constituir el pronunciamiento del juez una “vía de hecho” por violación de derechos fundamentales. De acuerdo con la providencia “de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, (...) los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias; pero nada obsta para que (...) se utilice esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales”.

Esta conclusión sobre el carácter ilegal de la decisión de los jueces de instancia, que lleva aparejada la ausencia de cosa juzgada en el juicio que se celebró contra el indígena Suárez Álvarez le permite al juez adentrarse en el siguiente problema jurídico, esto es, la validez de la sentencia absolutoria adoptada por los Mamos en 1988, y la presunta vulneración del principio *non bis in ídem*.

Sobre este particular, la Corte no acogió los argumentos tanto de Suárez Álvarez como de los Mamos y de otros miembros del pueblo Arhuaco que coadyuvaron la acción de tutela que revisó la Corte Constitucional, según los cuales el juicio adelantado por la jurisdicción ordinaria por el homicidio de la misma persona, constituía una clara violación del principio *non bis in ídem* dado que los Mamos ya habían juzgado y decidido el caso en 1988, puesto que la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena sólo tuvo lugar en 1991 y, por tanto, a juicio de la Corte, la decisión adoptada por los Mamos en 1988, no era una sentencia judicial por carecer las autoridades que la tomaron de jurisdicción y competencia.

En definitiva y como corolario de los argumentos desarrollados la sentencia reconoció en el caso la violación de los derechos fundamentales del actor y del pueblo indígena Arhuaco y por lo tanto ordenó su restablecimiento. En consecuencia, declaró nulo el proceso penal por violación del Art. 29 de la Carta Política y ordenó a los Mamos realizar nuevamente el juicio de acuerdo con sus propias normas y procedimientos dado que como ya se explicó, la decisión de 1988 no es una sentencia.

### 3.3. Las reglas jurídicas resultantes

Como se puede colegir del conjunto de providencias sobre autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha construido una importante doctrina a partir de la identificación de reglas y principios que hoy constituyen el núcleo básico del derecho colectivo a la autonomía de los indígenas colombianos. Estas son:

1. La primera regla contrastable se refiere al alcance de la autonomía que la Constitución otorga a los pueblos indígenas. Según esta regla la autonomía indígena es mucho más amplia que aquella otorgada a los entes territoriales a los que les atribuye esta facultad, pues además de las facultades normales propias de la autonomía territorial<sup>15</sup> el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas se extiende al ámbito jurisdiccional pues incluye la posibilidad de tener una jurisdicción propia y a la esfera normativa, en cuanto incluye la posibilidad de creación de *normas y procedimientos*. Es posible entonces concluir que a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, sino que también se les reconoce el ejercicio de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades quienes pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Lo anterior nos permite establecer que las decisiones de las autoridades indígenas en el plano judicial son un acto jurisdiccional tí-

<sup>15</sup> Estas son la autonomía administrativa, presupuestal y financiera.

pico ejecutado en desarrollo de las competencias que la Constitución les otorga a las autoridades indígenas, sin que el método escogido por la comunidad indígena para adoptar la decisión sea el criterio determinante para precisar su naturaleza

2. La segunda regla que podemos deducir del análisis conjunto de las providencias de la Corte Constitucional sobre autonomía de los pueblos indígenas tiene que ver con los elementos básicos de la misma. De acuerdo con ella estos son:
  - a. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;
  - b. La potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios;
  - c. La sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución; y finalmente,
  - d. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

3. La tercera regla que hemos encontrado tiene que ver con la vigencia de la jurisdicción indígena. Según la doctrina constitucional al respecto ésta no depende de la expedición de la ley de coordinación con el sistema judicial nacional, de tal suerte que si bien corresponde al legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.
4. La cuarta regla se refiere a los elementos que definen la capacidad de las autoridades indígenas para administrar justicia en sus territorios. Según esta regla estos elementos son dos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter geográfico o territorial, que permite

que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos.

Esto quiere decir en palabras sencillas que ni la materia ni la cuantía del asunto limitan a las autoridades indígenas, quienes pueden juzgar cualquier conflicto que se presente en su territorio con independencia de su valoración patrimonial o pecuniaria.

5. El quinto principio general que hemos podido deducir de la jurisprudencia examinada tiene que ver con los límites constitucionales de la autonomía jurisdiccional indígena. Según la Corte ésta no es absoluta sino que obedece a ciertas reglas. Es importante decir que los criterios para definir estas reglas no han sido los mismos desde el comienzo, y ni siquiera tienen solución de continuidad entre unas y otras sino que, como se dijo en su momento existen por lo menos tres líneas doctrinales distintas.

En primer lugar existe una línea jurisprudencial que podemos denominar de autonomía restringida que si bien reconoce la autonomía de las autoridades indígenas para solucionar conflictos dentro de sus territorios, les impone a éstas unas rígidas restricciones que se expresan en los siguientes principios:

- a. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
- b. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- c. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- d. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Así mismo, de acuerdo con esta línea argumental el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite intangible de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas.

Sin embargo, ante las críticas por el excesivo etnocentrismo que manifiesta, la Corte construyó otra línea jurisprudencial según la cual los límites al poder jurisdiccional de las autoridades indígenas no son ontológicos sino fácticos, y por tanto deben ser definidos por el juez en cada caso. Los seguidores de esta línea argumental creen que los jueces al establecer los límites deben tomar en consideración.

- a. La cultura involucrada;
- b. El grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mayoritaria; y,
- c. El grado de afectación de los miembros de la comunidad.

Y finalmente existe una tercera línea jurisprudencial, que podemos denominar ecléctica que conservando el reconocimiento general del principio según el cual “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, lo combina con el reconocimiento de que los límites deben ser establecidos de forma tópica por el juez.

6. Por último, podemos identificar un sexto grupo de reglas que definen los mecanismos de articulación entre las jurisdicciones indígenas y la jurisdicción ordinaria. Estas son:
  - a. Si se juzga a un indígena por un hecho cometido dentro del territorio de una comunidad, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional;
  - b. Si por el contrario se juzga a un indígena por hechos cometidos fuera del territorio indígena se pueden presentar diversas situaciones, cada una de las cuales tiene una solución distinta: i) Que la conducta del indígena únicamente sea punible de acuerdo con el sistema jurídico indígena caso en el cual las autoridades indígenas decidirán si juzgan o no el caso, o bien, ii) que la conducta sólo sea punible de acuerdo con ordenamiento nacional, caso en el cual los jueces de la República son en principio los competentes para conocer del mismo<sup>16</sup>; o bien puede

<sup>16</sup> En este caso los jueces deberán realizar un juicio sobre la imputabilidad del sujeto, que permitirá determinar si se deberá devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica o si por el contrario, dadas las condiciones particulares del indígena imputado, (el conocer el carácter antijurídico del hecho), la sanción podrá ser establecida de acuerdo a los criterios clásicos del sistema nacional.

ocurrir iii) que la conducta sea sancionada en ambos sistemas jurídicos caso en el cual en principio conoce la jurisdicción nacional pero el juez deberá tomar en consideración la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.

#### **IV. La jurisprudencia convertida en ley: los intentos de promulgar La ley de Articulación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena**

Como se puede observar, la Corte Constitucional, a falta de legislación explícita sobre el particular hizo un intento por generar un diálogo intercultural y logró dar algunas respuestas al problema de la diversidad cultural en Colombia, lo cual ha permitido por más de una década garantizar la coexistencia pacífica de las diferentes culturas en Colombia al resolver los conflictos entre éstas y la sociedad mayoritaria con criterios abiertos basados en la aplicación del principio de maximización de autonomía y minimización de restricciones.

Ahora bien, el derecho jurisprudencial creado por la Corte Constitucional sobre la materia ha tenido una vigencia mayor y más profunda que la simple solución de los casos, o la consolidación de criterios de interpretación; ha señalado el camino y los criterios básicos que han servido para diseñar los distintos proyectos de ley de articulación entre jurisdicciones que se han presentado tanto desde el ámbito indígena como institucional.

Esto es importante dado que desde una perspectiva tradicional del derecho la jurisprudencia constitucional en el sistema jurídico colombiano sólo tiene el valor de criterio auxiliar, no de fuente de Derecho, con lo que la existencia de este tipo de iniciativas legislativas permite integrar los principios básicos que creó la Corte respecto al problema de la jurisdicción indígena, con



el fin de que sus argumentos, de gran valor para el problema de la interpretación de la diversidad cultural en Colombia, tenga fuerza de ley.

Ciertamente aunque han pasado 18 años desde la promulgación de la Constitución, e igual que sucede con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, la ley de articulación entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales de los pueblos indígenas tampoco ha sido expedida por el legislador colombiano. Sin embargo a diferencia de lo que acontece con la ley de ordenamiento territorial cuya inexistencia obedece exclusivamente a razones políticas relacionadas con el mantenimiento del clientelismo, en el caso del proyecto de ley de jurisdicción indígena este no ha sido discutido ni aprobado debido a la dificultad técnica que entraña redactar una norma que sin renunciar a los objetivos constitucionales de unidad y eficacia de la jurisdicción, lo haga sin vulnerar la diversidad y la autonomía de los pueblos indígenas.

En la última década se conocen por lo menos tres proyectos de ley de articulación entre jurisdicciones inspirados fielmente en la doctrina constitucional sobre la materia. Estos son el proyecto elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas entre 1997 y 1998, el proyecto presentado a consideración del Congreso de la República por el senador indígena Jesús Piñacué, y el proyecto del entonces senador Carlos Gaviria como resultado de las modificaciones que el ex magistrado de la Corte Constitucional introdujo al proyecto Piñacué en la ponencia presentada para primer debate en el Senado de la República.

Desde una perspectiva material como desde la óptica formal los tres proyectos mencionados comparten muchos elementos. En ese orden de ideas mientras materialmente los tres están inspirados en la misma filosofía que propugna la Corte Constitucional por el diálogo y el respeto entre todas las culturas, formalmente están estructurados de una forma muy similar, pues después de establecer un ámbito de aplicación paralelo, los tres establecen un catálogo de conceptos y definiciones compartidas que reflejan un consenso filosófico y político importante. Igualmente, establecen de una manera más o menos idéntica las reglas de competencia entre las distintas jurisdicciones y las formas de coordinación entre las autoridades indígenas, así como una serie de disposiciones varias relativas al control de la actividad jurisdiccional de las autoridades indígenas.

Precisamente para reflejar esa significativa identidad parece útil hacer una comparación crítica de cada uno de estos apartados que complementen el comentario general que acabamos de realizar.

Al leer los tres proyectos lo primero que llama la atención es que en ellos no existe uniformidad de criterio respecto del significado técnico de “ámbito de aplicación de la Ley” y por tanto resulta difícil juzgar objetivamente su corrección. Así por ejemplo mientras el proyecto de la Dirección General de Asuntos Indígenas define correctamente el ámbito subjetivo del proyecto, es decir la población que va dirigida la Ley, pero no vincula ese ámbito subjetivo al objeto de la ley lo que implica el artículo examinado resulte ser una norma inane; el artículo del proyecto Piñacue no regula la materia que anuncia con el título porque trata el objeto de la ley pero no su ámbito de aplicación, y esa es precisamente la razón por la que en el proyecto Gaviria se elimina la mención al ámbito de aplicación y se reemplaza por el objetivo de la Ley.

En la medida en que desde el punto de vista de la técnica legislativa resulta indispensable delimitar claramente el ámbito de aplicación de las normas, la solución escogida por el ex magistrado Gaviria no parece adecuada porque una cosa es el objeto de una ley y otra su ámbito de aplicación. Lo correcto hubiera sido redactar una norma sobre el ámbito de aplicación parecida a la que contempla el Proyecto de la Dirección de Asuntos Indígenas y otra que establezca el objeto de la ley similar a la del proyecto Gaviria.

Por su parte, la comparación de los textos normativos que forman el capítulo de las definiciones permite observar como la característica fundamental de los distintos proyectos es su extrema semejanza que incluso en algunos casos llega a la identidad total de contenidos<sup>17</sup>. En efecto, mientras la definición de territorio indígena es igual en los tres proyectos y la definición de jurisdicción especial indígena, autoridades indígenas y autoridades del sistema judicial nacional son análogas en los proyectos Gaviria y Piñacué, el proyecto gubernamental y el del senador Gaviria establecen de forma idéntica

17 Si nos fijamos en las fechas de presentación de los respectivos proyectos no hay duda que el preparado por la Dirección de Asuntos Indígenas resulta ser el antecedente de los otros dos que, o bien son una reproducción casi literal del proyecto gubernamental o son una modificación mínima del mismo.

tica definiciones como la de territorio indígena que no contempla el proyecto presentado por el senador indígena Piñacué.

Sin embargo, no se puede desconocer que existen importantes diferencias entre las tres iniciativas normativas. Es así como definiciones como la de jurisdicción especial o autoridades indígenas son manifiestamente diferentes, pues mientras los redactores del proyecto del gobierno colombiano hicieron un reconocimiento normativo claro de los distintos tipos de autoridad indígena históricamente reconocidas por el Estado colombiano; el proyecto Piñacué y el proyecto Gaviria dejan en manos de los propios indígenas la determinación de cuáles son las autoridades legítimas, sin hacer ninguna mención a la historia y al origen de estas instituciones.

Esta circunstancia aparentemente menor, sin embargo tiene una importancia manifiesta pues refleja las diferencias de fondo y los conflictos políticos que subyacen a la aparente identidad de criterios respecto de la aplicación e interpretación de los principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, mientras el proyecto gubernamental interpreta el llamado institucional de la OIT como un sinónimo de fortalecimiento de los mecanismos locales tradicionales de control y regulación social de los pueblos indígenas y por lo tanto de debilitamiento de la actividad mediadora de las organizaciones indígenas; la interpretación que de las recomendaciones de la OIT hacen tanto el proyecto Piñacué como el proyecto Gaviria llevan a conclusiones totalmente contrarias pues para estos dos proyectos el objetivo de consolidar la autonomía de los pueblos indígenas pasa por fortalecer al máximo las organizaciones indígenas, dándoles un papel central en el ejercicio de las facultades constitucionales de administrar justicia, incluso por encima de las autoridades indígenas locales<sup>18</sup>.

Así las cosas en una valoración global de los tres proyectos, no cabe duda que con independencia de mejoras puntuales al proyecto original, como pueden ser resaltar el carácter constitucional de la facultad de administrar justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, o el hecho de

18 De hecho esa diferencia de criterios respecto de los objetivos políticos últimos de la ley impidieron el consenso necesario para llevar adelante la iniciativa de la Dirección General de Asuntos Indígenas, la cual en el proceso de consulta previa fue rechazada mayoritariamente por las organizaciones indígenas.

recoger claramente la teoría de los límites a la jurisdicción indígena (establecidos en la jurisprudencia constitucional), no hay duda que el proyecto preparado por la Dirección de Asuntos indígenas es superior tanto desde el punto de vista político como en el ámbito de la técnica legislativa, porque por lo menos en el capítulo de las definiciones hace una configuración mas general de los distintos aspectos tratados, sin que por ello se afecte la autonomía de los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, mientras el proyecto del Gobierno deja a un lado el antiguo y peyorativo concepto de usos y costumbres y lo cambia por el más adecuado de sistemas normativos, los proyectos de Piñacué y Gaviria mantienen la artificial diferencia entre derecho, usos y costumbres que están en contravía con el pluralismo jurídico que propende la Carta Política de 1991.

De igual manera, la circunstancia de que el proyecto gubernamental haga una delimitación general de las autoridades indígenas dotadas de jurisdicción y no utilice el método casuista empleado por el proyecto Piñacué, le otorga a la futura ley una eficacia mucho más amplia y profunda, porque desliga la norma de los avatares políticos que como dijimos se reflejan en la iniciativa del senador indígena.

En lo que atañe al capítulo dedicado a los principios las diferencias entre los tres proyectos se profundizan. En este caso el proyecto Gaviria se aleja paulatinamente de la filosofía del proyecto Piñacué y recupera algunos aspectos que el senador indígena había dejado a un lado del proyecto original de Asuntos Indígenas.

Así, por ejemplo, mientras el proyecto DGAI habla de que el Estado debe garantizar la vigencia de la legislación especial indígena además de los sistemas normativos y de control y regulación social indígena, el proyecto Piñacué elimina la mención a la legislación indígena nacional para darle un mayor énfasis al derecho interno de los pueblos indígenas.

Si bien, por regla general el proyecto Gaviria mejora técnicamente el proyecto Piñacué, en el caso de la norma que consagra el principio de garantía al pluralismo jurídico la modificación resulta ser desafortunada y artificial, puesto que hace una distinción injustificada entre sistemas normativos y usos y costumbres, sin tener en cuenta que en el caso de los pueblos indígenas los usos y costumbres son generalmente parte integral de sus sistemas normativos (su derecho) y no como se deduce de la propuesta Ga-

viria dos cosas distintas. Este error conceptual obedece a la creencia muy extendida de que el concepto de derecho equivale a norma escrita como ocurre en los sistemas jurídicos occidentales.

En relación con el principio del debido proceso el proyecto Gaviria modificó el proyecto del senador Piñacué que había asumido acriticamente los criterios de la Corte Constitucional sobre los límites de la jurisdicción indígena esbozados en las primeras sentencias sobre la cuestión, según los cuales el debido proceso entendido en términos occidentales era un límite intangible a la facultad de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas. Para los redactores del proyecto Gaviria el límite del debido proceso no es tan fácil de identificar como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura, y por lo tanto la ley debe definir el debido proceso de una forma muy general con el fin de abarcar en la medida de lo posible la mayor cantidad de usos y procedimientos con el único límite de que respeten la dignidad humana en cada contexto cultural específico.

En esto, el proyecto Gaviria recoge de una manera más técnica la preocupación expresada por la Dirección de Asuntos Indígenas en el sentido de transformar el principio de debido proceso en principio de *predecibilidad*, puesto que en lugar de limitarse a cambiar el nombre del principio, le da un contenido realmente acorde con la necesaria interculturalidad que debe orientar una ley como la de articulación entre jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, pues permite que cada sistema jurídico indígena le dé el contenido que requiera según las particularidades culturales de cada pueblo indígena.

En cuanto al principio de acceso a la justicia existe una importante diferencia entre los proyectos de la Dirección de asuntos indígenas y Gaviria y el proyecto Piñacué, pues mientras para los primeros la obligación constitucional de garantizar el acceso a la justicia de los indígenas corresponde al Estado, quien lo ejerce por intermedio de las autoridades indígenas<sup>19</sup> en la versión Piñacué son las autoridades indígenas las que directamente ostentan la carga de garantizar el acceso a la justicia en sus respectivos territorios, sin que su actuación tenga relación con el Estado.

19 En este sentido las autoridades indígenas cuando ejercen funciones jurisdiccionales tendrían una posición similar a la del resto de los jueces y funcionarios judiciales de la república.

En este caso, pese a que filosófica y políticamente se apoye la reivindicación que expresa el senador Piñacué en el sentido de dotar a las autoridades de los pueblos indígenas en el ejercicio de todas sus competencias de la máxima autonomía posible; en este caso resulta claro que a la luz de lo dispuesto en el artículo 229 de la Constitución de 1991, la redacción del proyecto es inconstitucional porque la administración de justicia es una función esencialmente estatal que no puede ser ejercida con independencia de los dictados de la Constitución. De hecho la autonomía que la Carta fundamental otorga a las autoridades indígenas en relación con la administración de justicia se refiere a los medios, pero no a los fines que no son otra cosa que el acceso universal e incondicional al servicio público de justicia.

En cuanto al principio de oficialidad de las lenguas indígenas al interior de los procesos en donde intervengan indígenas tenemos que las normas de los proyectos de la DGAI y del senador Gaviria son prácticamente idénticas, con la única diferencia de que en este último proyecto se amplía el articulado con el fin de dar más claridad a la forma en la cual debe procederse para garantizar el derecho de que cada individuo pueda expresarse en el idioma con el cual se identifica culturalmente, y en ese sentido, se reconoce de una mejor manera el nexo existente entre la cosmovisión particular y su expresión a través del lenguaje.

Por el contrario la norma correspondiente del proyecto Piñacué es mucho más restrictiva pues en lugar de estar redactado, como ocurre en los otros dos proyectos, en términos de garantía subjetiva cuyo titular es la persona que pretende justicia, se redactó en términos tales que la diversidad lingüística resulta ser una facultad de las autoridades indígenas lo cual resulta ser mucho menos garantista.

Por último, los proyectos de Piñacué y Gaviria establecen dentro del capítulo de los principios generales el efecto de cosa juzgada, sólo que la iniciativa del senador Gaviria lo denomina “efectos de las decisiones judiciales”. Este cambio no es menor y parece obedecer a la necesidad de proteger de una manera más adecuada al individuo sujeto de una decisión de ser juzgado dos veces por un mismo hecho. Sin embargo, desde una perspectiva puramente procesal parece mejor la alternativa escogida por los redactores de la propuesta legislativa de la Dirección General de Asuntos Indígenas quienes establecieron el mismo principio que los otros dos proyectos, solamente que

lo ubicaron en el capítulo que desarrolla el tema de la competencia, lo cual es técnicamente más correcto.

Sin lugar a duda las reglas de competencia son el núcleo esencial y el principal aporte de los tres proyectos de articulación entre jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Igualmente es la parte que más problemas técnicos presenta a los redactores de los proyectos porque es donde se manifiesta con mayor profundidad la tensión que existe entre el respeto a la diversidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas que propugna la Constitución y la necesidad de unificar el sistema jurídico para dar seguridad jurídica a los ciudadanos como parte esencial del principio de igualdad.

En ese contexto, el proyecto de la dirección de asuntos indígenas establece como regla general la competencia de las autoridades indígenas para conocer conflictos intraétnicos sucedidos en el territorio de un pueblo o comunidad indígena. En los demás casos (conflictos inter étnicos y conflictos en los que participen indígenas por adopción) la competencia general la tienen los jueces ordinarios nacionales, solamente que en estos casos estas autoridades están obligadas a hacer un juicio sobre el grado de comprensión del indígena del sistema jurídico nacional para efectos de determinar la conveniencia de que sean las autoridades indígenas quienes juzguen el caso.

Adicionalmente, el proyecto gubernamental establece que en todo proceso en el que hagan parte indígenas, los jueces ordinarios deberán solicitar peritajes y conceptos a las autoridades indígenas sobre los sistemas normativos y de regulación social del pueblo o comunidad respectivo, con el fin de que sean aplicados en la solución del caso concreto y tenidos en cuenta en la toma de la decisión.

Por su parte el proyecto Piñacué mantiene la regla general establecida en el proyecto original de Asuntos Indígenas pero les atribuye además la facultad de juzgar conflictos en los que participen indígenas por adopción, de tal manera que a los jueces nacionales sólo les queda la competencia residual para conocer de los conflictos inter étnicos que sucedan por fuera del territorio indígena.

La mayor modificación que el proyecto Piñacué hace al original de Asuntos Indígenas respecto de las reglas de competencia, es que establece la preeminencia del factor personal frente al factor territorial, de tal manera que las

autoridades indígenas podrán conocer de aquellos asuntos sucedidos por fuera del territorio indígena siempre que en él participe un indígena de origen o por adopción. Esta nueva redacción significa una transformación del criterio establecido por la Constitución y en ese sentido resulta ser inconstitucional, pues el Art. 246 no contempla la posibilidad de que las autoridades indígenas administren justicia por fuera de sus territorios.

Por su parte, el proyecto Gaviria recoge las iniciativas anteriores y las ordena de una mejor manera siguiendo las orientaciones de la doctrina de la Corte Constitucional sobre el particular. El proyecto especifica los factores que determinan la competencia dando prioridad al factor territorial, lo que además de armonizar la legislación se aclara las reglas aplicables, y se garantiza que los individuos que se encuentran en el umbral de las jurisdicciones no se aprovechen de esta situación para su propio beneficio.

Una vez hecho esto el proyecto se ocupa de la definición de los criterios técnicos para determinar la competencia de las autoridades indígenas, para lo cual divide las reglas en dos apartados uno dedicado a los conflictos intra étnicos (las reglas generales) y otro dedicado a las reglas que regulan distintos conflictos inter-étnicos que se pueden presentar (las reglas especiales).

En cuanto a las reglas generales el proyecto Gaviria, retoma la regla establecida por el proyecto del Gobierno según el cual las autoridades indígenas conocen de conflictos intraétnicos sucedidos dentro de los respectivos territorios indígenas. La segunda regla general que recoge el proyecto Gaviria tiene relación con la atribución de competencia a las autoridades indígenas para resolver conflictos que se presenten al interior del territorio indígena en donde intervengan indígenas por adopción. Así mismo, el proyecto Gaviria establece una tercera regla general según la cual las autoridades indígenas tienen la facultad de asumir, si lo consideran conveniente, el juzgamiento de conflictos entre miembros de una comunidad indígena que sucedan por fuera del territorio indígena.

Respecto de las reglas especiales relativas a los conflictos interétnicos el proyecto Gaviria establece como regla general que los conflictos interétnicos sucedidos por fuera del territorio indígena serán conocidos por los jueces ordinarios, solamente que en este caso el juez tiene la obligación de hacer un juicio sobre la imputabilidad o inimputabilidad del participe indígena en razón al grado de diferencia sociocultural.



La segunda regla especial se refiere a los conflictos inter-étnicos sucedidos al interior de un territorio indígena en donde el causante de la infracción sea un indígena, caso en el cual, siguiendo la jurisprudencia constitucional se pueden presentar varias opciones: a) que los actos estén contemplados exclusivamente en el ordenamiento nacional, caso en el cual conocerá el juez nacional; b) si el caso está exclusivamente contemplado en la normatividad indígena en principio conocen las autoridades indígenas pero éstas deberán establecer si el que no es indígena debido a su diferencia cultural conocía y entendía la ilicitud de su conducta; por último, c) si la falta es considerada punible en los dos ordenamientos, el proyecto establece que prevalece la jurisdicción indígena cuyas autoridades deberán comunicar al juez nacional si asumen o no la competencia.

Por último, la tercera regla especial incluida en el proyecto Gaviria nos habla de los conflictos inter étnicos en donde la víctima es un indígena caso en el cual es competente para resolverlo el juez ordinario nacional.

Respecto al traslado de competencias los tres proyectos consagran la misma norma proveniente del proyecto original del Gobierno, en virtud de la cual las autoridades de los pueblos indígenas en ejercicio de su jurisdicción tienen la potestad de decidir no asumir un caso que de acuerdo con las reglas de competencia estudiadas les corresponda y remitirlo a la jurisdicción nacional cuando consideren que su conocimiento pone en riesgo su autoridad debido al no acatamiento de la decisión, *una grave alteración del orden público o social, o cuando exista un riesgo para la integridad cultural del pueblo indígena*. La única diferencia es que mientras en el proyecto de ley promovido por Asuntos Indígenas esta disposición se establece en una norma independiente, en los otros dos proyectos la disposición está redactada como un inciso de la norma sobre reglas de competencia.

En cuanto a las normas que regulan la solución de los eventuales conflictos de competencia entre la jurisdicción nacional y las jurisdicciones indígenas tenemos que los tres proyectos son prácticamente idénticos, salvados algunos detalles menores de redacción pues establecen que las conflictos entre autoridades de distintos pueblos indígenas serán resueltos en principio de acuerdo con los usos y costumbres de los respectivos pueblos, mientras que los que se presentan con las autoridades judiciales ordinarias serán resueltos

por la máxima autoridad administrativa del poder judicial colombiano: la sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

En definitiva como queda reflejado en esta comparación que hemos hecho, aparte de su mayor solidez técnica la redacción de las reglas de competencia que contempla el proyecto Gaviria significa un gran avance en relación con los dos proyectos previos porque además de recoger en su integridad las reglas y principios desarrollados por la Corte Constitucional a lo largo de una década de difícil evolución, las ordena sistemáticamente y les otorga fuerza de ley, lo que no es baladí si tenemos en cuenta que termina con cualquier debate que aún pudiera subsistir dentro de los operadores jurídicos sobre el valor del pluralismo y la eficacia de los sistemas jurídicos indígenas respecto del ordenamiento jurídico nacional.

En cuanto al capítulo destinado a la definición de los mecanismos de participación de los indígenas en la confección del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial y a la determinación de los medios de financiación de la misma es el más importante de todo el proyecto, porque es el que refleja de manera práctica la articulación de jurisdicciones y el carácter intercultural del Estado ecuatoriano.

Sin la determinación de un presupuesto de gestión que incluya las necesidades de los pueblos indígenas y sin participación en las decisiones generales de la rama judicial no es posible que la jurisdicción indígena se consolide tanto como derecho colectivo autónomo de los pueblos indígenas así como parte de las funciones del Estado colombiano.

La relevancia de este capítulo se hace visible igualmente por el hecho de que este aspecto de la autonomía indígena no ha sido aún tratado por la jurisdicción constitucional ni por medio de decisiones de tutela; y por lo tanto no existe aún ninguna regla clara que regule la materia lo que hace urgente y necesaria la intervención del legislador ordinario, pues mientras no exista una norma que regule la distribución de los recursos destinados al funcionamiento de la jurisdicción indígena, ésta no podrá subsistir.

Y precisamente esa trascendencia se refleja en la unanimidad de los distintos proyectos. Específicamente al leer los artículos que institucionalizan la obligación de realizar consulta previa, al anteproyecto del plan de desarrollo de la rama judicial, el que establece las competencias compartidas entre las autoridades de los pueblos indígenas y la Contraloría General de la República

respecto del manejo y gestión de los recursos que el Estado transfiere para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena.

Sin embargo esta identidad no es completa. En el artículo que define la cuantía de los recursos que deberán ser transferidos a las autoridades indígenas para garantizar el funcionamiento de la jurisdicción especial hay diferencias: mientras el proyecto del gobierno obliga al Estado a destinar un monto fijo del presupuesto global de la rama judicial a la atención y desarrollo de la jurisdicción especial indígena, los proyectos Gaviria y Piñacué, eliminan esta precisión presupuestaria y la reemplazan por una alusión general al hecho de que el Gobierno Nacional deberá destinar recursos del presupuesto asignado a la Rama Judicial, para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena, sin especificar su cuantía. Una redacción de este tipo a primera vista pudiera parecer más técnica (lo cual facilita su discusión y aprobación), sin embargo no lo es porque no establece un monto mínimo garantizado de recursos, lo cual en momentos de dificultad presupuestaria puede llevar a que la participación sea poco menos que retórica.

En un contexto como el que vive Colombia donde los intereses tecnocráticos presionan para desmontar las escasas conquistas democráticas que la Constitución de 1991 trajo en relación con la descentralización del poder político, dejar la definición del monto de los recursos destinados al desarrollo de la jurisdicción especial a la libre negociación política, sin establecer mínimas garantías de equidad es un error que vulnera gravemente los intereses estratégicos de los pueblos indígenas, pues por desgracia actualmente la capacidad de presión política de los movimientos alternativos y específicamente del movimiento indígena ha decrecido sustancialmente lo cual significa que se deben fortalecer las garantías institucionales para garantizar la permanencia de los derechos colectivos de los indígenas y concretamente su derecho a la autonomía jurisdiccional.

## V. Conclusiones

1. En el transcurso del presente ensayo se ha podido ejemplificar claramente el estado de la cuestión en relación con la autonomía jurisdiccional de los pueblos y comunidades indígenas en Colombia.
2. Un observador atento de la situación ecuatoriana podrá encontrar similitudes importantes, así como diferencias notables entre uno y otro proceso. Entre las similitudes que hacen pertinente el estudio del caso colombiano para ilustrar el debate ecuatoriano, encontramos fundamentalmente la identidad de modelo constitucional en uno y otro caso y el carácter pluriétnico e intercultural de los dos estados, es decir el carácter de estados constitucionales de derecho.
3. Un rasgo del nuevo modelo constitucional es la consagración formal de un sistema constitucional soportado en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales en todas sus versiones, incluyendo los “controvertidos” derechos colectivos de carácter étnico, cuyos titulares en Colombia son los pueblos indígenas.
4. En materia de fuentes del derecho la transformación ha sido igualmente radical, pues aparte del reconocimiento por primera vez en Colombia del carácter normativo de la Constitución, la Constitución colombiana al igual que la ecuatoriana de 2008 reconoce que en Colombia coexisten distintos sistemas jurídicos plenamente vigentes. En concreto, la actual Constitución colombiana reconoce que aparte del derecho estatal en Colombia existen otros derechos aplicables, entre los cuales sobresalen los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

Propiamente la Constitución reconoce que para el caso de los indígenas en Colombia existen por lo menos tres órdenes normativos: a) la Constitución y la legislación nacional general que es perfectamente aplicable a los indígenas por ser estos ciudadanos colombianos con la totalidad de los derechos y las obligaciones reconocidos; b) la legislación indígena nacional que tiene un carácter especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que se aplica a los indígenas exclusivamente, como parte de las políticas de discriminación positiva del Estado hacia las minorías indígenas marginadas, dentro de la

- cual es importante resaltar el reconocimiento de los derechos constitucionales colectivos e individuales especiales, necesarios para llevar adelante el proyecto de nación plural que supuestamente se quiere construir en Colombia; y lo que es más importante, c) los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas, creados alrededor de sus cosmovisiones, los cuales han sido aplicados ancestralmente.
5. Como puede deducirse fácilmente, este reconocimiento significa que en el caso colombiano, no existe razón para que en Ecuador no suceda algo similar, se ha dado un paso de gigante en la eliminación del “*estatus colonial*” que aflige aún a los pueblos indígenas, pues de la antigua consideración legal de los indígenas como “salvajes” objeto de civilización o en el mejor de los casos como “portadores de una identidad cultural minimizada y anacrónica” y por lo tanto, objeto de integración paulatina a la modernidad capitalista, se ha pasado al reconocimiento constitucional pleno de su condición de sujetos de derechos; derechos que en este caso no se predicen de las personas individualmente consideradas, sino de los pueblos indígenas entendidos como sujetos colectivos.
  6. Ahora bien, como se manifiesta en la jurisprudencia analizada en el texto después de la promulgación de la constitución de 1991, los jueces colombianos se están viendo abocados a dejar de lado la construcción dogmática elaborada por el constitucionalismo de inspiración francesa por su falta de operatividad en contextos multi-culturales y aceptar que existen derechos que tienen reglas y garantías procesales distintas a las de los derechos liberales estrictamente considerados.
  7. Es importante reseñar que en estos desarrollos el máximo tribunal constitucional colombiano, aparte de recoger las indicaciones del derecho internacional de los derechos humanos sobre el tema, ha tomado en consideración las soluciones dadas en los debates sobre la gestión de la interculturalidad que en los últimos 20 años se han desarrollado en el mundo académico anglosajón y por eso en la doctrina constitucional y en las demás providencias judiciales sobre la cuestión se puede observar tanto soluciones basadas en el escepticismo, es decir en la profunda convicción de la imposibilidad de co-

- municación entre las distintas culturas presentes en el territorio colombiano, y que por lo tanto propugnan la no intervención en los asuntos propios de los pueblos indígenas, como posiciones que han asumido la alternativa comunicativa y por lo tanto creen que en el plano del derecho es perfectamente posible la interrelación entre culturas jurídicas tan diversas como la constitucional propia de la sociedad mestiza mayoritaria colombiana y las múltiples culturas jurídicas indígenas a las que se ha hecho referencia en este trabajo.
8. Ahora bien, en el texto se ve perfectamente reflejado que la aceptación de la posibilidad y necesidad del diálogo intercultural no resuelve por sí solo el problema de cómo hacerlo, puesto que hay varias maneras de realizar ese diálogo entre culturas: i) en primer lugar están quienes consideran que aunque el diálogo es un valor, existen posiciones de principio que no están sujetas a él. Para los defensores de esta postura en el caso colombiano ese ámbito de intangibilidad no negociable estaría constituido por el catálogo de derechos fundamentales reconocido en la Constitución, de tal suerte que a la hora de ponderar el valor de los elementos jurídicos de una y otra cultura el único límite es el respeto a ese catálogo; ii) otra solución más moderada también asume como posible el diálogo y cree que este diálogo tiene límites pero considera que esos principios básicos intangibles pueden ser relativizados y asumir un contenido distinto al original una vez se enfrentan a su uso en un contexto cultural diferente; y por último, iii) hay quienes creemos el diálogo entre culturas no sólo es posible y necesario sino que además consideramos que debe estar soportado en la creencia de la igualdad fundamental entre culturas y sistemas jurídicos y por lo tanto no impone ningún límite al diálogo.
  9. En el análisis de la jurisprudencia se puede observar como el derecho judicial que ha producido la Corte Constitucional en relación con los derechos colectivos de las minorías étnicas y concretamente de los pueblos indígenas ha venido evolucionando lentamente desde posturas cercanas a la primera opción liberal escéptica con las posibilidades del multiculturalismo hasta posiciones muy cercanas al relativismo moral moderado y en ese sentido al leer la jurisprudencia

cia de la Corte respecto de los derechos especiales de los indígenas se puede comprobar que la tercera opción explicada aún no ha sido aceptada por el máximo tribunal constitucional colombiano, pero constituye el punto de llegada deseable en la evolución de las relaciones jurídicas entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas.

10. En definitiva actualmente el diálogo entre las distintas culturas jurídicas presentes en el territorio colombiano se basa en una comprensión amplia e intercultural del catálogo de los derechos reconocidos en la Constitución, comprensión intercultural que ha significado, una reelaboración del contenido mismo de los derechos constitucionales cuando estos son aplicados en ámbitos étnica y culturalmente diferenciados.
11. Ahora bien, es obvio que las importantes transformaciones que han sufrido la teoría constitucional colombiana a partir de 1991 no son suficientes para cambiar la cultura jurídica tradicional aún imperante entre los operadores jurídicos, pues no ha sido suficiente para garantizar la consecución de la plena igualdad material de todos los colombianos y especialmente de aquellos que hacen parte de las minorías culturales y étnicas. Es evidente por ejemplo que la excesiva dependencia actual de los derechos indígenas de los frágiles mecanismos procesales establecidos en la Constitución es muy peligrosa para la estabilidad de las conquistas teóricas y culturales que se expresan en la Carta Política.
12. Ante este peligro y en la medida en que actualmente no existen en Colombia herramientas normativas de origen legal que recojan la doctrina constitucional vigente en materia de derechos indígenas habría que pensar, en la necesidad de convertir en leyes las reglas jurídicas creadas por la Corte Constitucional al respecto, más aún si tenemos en cuenta que en su espíritu iconoclasta el Gobierno colombiano actual quiere modificar la Constitución para limitar al máximo el poder normativo del máximo tribunal constitucional del país.

## VI. Bibliografía

- Gutiérrez Beltrán, Mauricio, *El Bloque de Constitucionalidad conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- Montaña Pinto, Juan, “La Función Judicial y la Justicia Indígena en la nueva Constitución Ecuatoriana”, en VVAA., *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- , “Elementos de un diálogo”, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Ministerio del Interior, Bogotá, 1997.
- Sánchez Botero, Esther, *Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2004.
- Sánchez Botero, Esther, y Jaramillo Sierra, Isabel, *La Jurisdicción Especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000.
- Triana, Adolfo, *Grupos étnicos, derecho y cultura*, Ediciones FUNCOL, Bogotá, 1987.
- Vasco Uribe, Luis, “Acompañando la Organización y las Luchas Indígenas”, en *Entre selva y páramo, viviendo y pensando la lucha indígena*, Instituto Colombiano de Antropología, Bogotá, 2002.
- , “Nacionalidades Indígenas y Estado en Colombia”, en *Entre Selva y Paramo: Viviendo y pensando la lucha indígena*, Instituto Colombiano de Antropología, Bogotá, 2002.
- Vásquez Luna, Miguel, (compilador), *Derechos de los Pueblos Indígenas de Colombia*, Tomo 1, Ministerio del Interior de Colombia, Bogotá, 1998.

### Legislación

Ley 89 de 1890.

### Jurisprudencia

Corte Constitucional Sentencia C–139 de 1996.  
 Corte Constitucional Sentencia T–266 de 1999.



Corte Constitucional Sentencia T-254 de 1994.

Corte Constitucional Sentencia T-510 de 1998.

Corte Constitucional Sentencia T-384 de 1994.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 18 de Septiembre de 1984, M. P., Luis Enrique Aldana Rozo.

# Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario

Idón Moisés Chivi Vargas\*

---

## Sumario

I. Presentación. II. La Jurisdicción ordinaria o los problemas de cambiar los letrados de las puertas, sin ver el hecho colonial. 2.1. América Latina. 2.2. Bolivia. 2.3. Elementos para una re-interpretación política de la reforma judicial en Bolivia. 2.4. La Justicia boliviana: herencia colonial y procesos contemporáneos. 2.5. Bolivia: de las “reformas” a las políticas judiciales descolonizadoras. 2.6. Reforma judicial y pluralismo raquítico por América Latina. 2.7. Estado plurinacional y jurisdicción indígena: pluralidad y pluralismo. III. La jurisdicción “indígena originaria campesina”: las ventajas de mirar la realidad y no morir en el intento. 3.1. Jurisdicción indígena (I): una mirada al horizonte colonial. 3.1.1. Quipus legislativos. 3.2. Juan de Betanzos (1551) acciones prohibidas por el Inca. 3.3. Pedro Cieza de León (1553) acciones prohibidas. 3.4. Fernando Santillán (1563) procedimientos de averiguación. 3.5. Cronista anó-

---

\* Abogado Indígena, Jefe de la Unidad de Reformas Normativas del Ministerio de Justicia de Bolivia (2006), Miembro de la Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (2007-2008), actualmente Coordinador de la Reforma Integral del Código Penal del Ministerio de Justicia – gtz, Autor de: Justicia Indígena: Los Temas Pendientes (2006), Justicia Comunitaria: Perspectivas de Género (2007), Análisis de los informes de Mayoría y Minoría de la Comisión Judicial No. 6 en la Asamblea Constituyente (2008), Análisis de la Nueva Constitución Política del Estado (2009).

nimo (1593) acciones prohibidas y procedimientos de averiguación 3.6. Relación anónima (ordenanzas). 3.7. Recopilación de las Leyes de Indias o el pluralismo jurídico colonial. 3.8. Jurisdicción indígena (II): ¿Y el siglo XIX? IV. Jurisdicción indígena (III): el largo siglo XX. 4.1. “Justicia comunitaria”: vida pasión y muerte de un concepto. V. Jurisdicción indígena originaria campesina. Bases de su construcción conceptual. 5.1. Del constitucionalismo como máscara del colonialismo, a la descolonización constitucional. 5.2. Igualitarismo jurisdiccional en Bolivia: pluralidad y pluralismo en clave constitucional. VI. Conclusiones VII. Bibliografía.

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios. Se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”<sup>1</sup>.

*El genocidio de las indias ayer y hoy*

Recientemente en Bolivia ha ocurrido un genocidio en su versión de matanza o masacre sangrienta; sucedió en “El Porvenir” un 11 de septiembre del año 2008.

Las víctimas fueron los de siempre: indígenas hombres e indígenas mujeres.

*El genocidio de ayer está en el hoy...*

*El genocida de ayer no es muy distinto del genocida de hoy.*

1 Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2//1986/7/Add.4, párrafo 379 1986.

*Las balas siguen viniendo de las mismas manos, y los pechos siguen siendo los pechos de ayer  
Ayer y hoy, se miran en el mismo espejo...*

## I. Presentación

Sin duda, la amnesia del derecho moderno estriba en un olvido histórico, en el olvido de su origen. Y es que el Estado y el Derecho “modernos” le deben su existencia a un acto colonial y terriblemente dramático: El genocidio de las indias ayer.

El genocidio primero, el del *colonialismo español* encuentra su envase normativo en una pieza de arqueología jurídica: la *Recopilación de las Leyes de Indias*.

El genocidio segundo: *el liberal vino* ya con envase de derechos, vino en Constitución y Códigos y... se quedó.

Las estructuras estatales y los saberes jurídicos contemporáneos, le deben al genocidio primero su existencia. Este detalle es algo que se olvida olímpicamente, desde las construcciones normativas actuales, desde la enseñanza universitaria y la investigación académica.

La globalización del derecho no solo lo evade intencionalmente, sino que la encubre. *Por lo que dice, por lo que calla, por lo que anuncia y por lo que ignora.*

Evadiendo e ignorando el genocidio primero, la globalización del derecho ha tratado de poner frenos a los procesos emancipatorios que hoy se abren por toda América Latina.

Procesos emancipatorios, que se han forjado en la resistencia antineoliberal, procesos que han encontrado una enorme generosidad histórica de los pueblos indígenas representados en las constituyentes de Bolivia y Ecuador muy recientemente. Abiertos los tiempos y la historia en comunión consigo misma, iniciaron procesos igualitarios que no son obra de gracia de espíritus abogadiles, sino resultado de esperanzas que vienen de muy lejos y que se convirtieron en fuerza material, y de ahí, en letra constitucional y programa de país.

Estos procesos igualitarios son tales, por su sentido común y no por otra cosa, y la justicia, particularmente la nuestra —la de los primeros ha-

bitantes de estas tierras—, es hoy el lugar donde la historia republicana desarrolla su redención, su renovación y desarrollo igualitario en el marco de los Derechos Humanos, de todos los humanos, humanas, indígenas y no indígenas.

Somos entonces, y nuestra jurisdicción indígena lo es, la muestra de que más allá de la compatibilización de “justicias”, es posible desarrollar coexistencias jurisdiccionales en beneficio de la paz social y la construcción de solidaridades individuales y colectivas, entre diversos y diferentes.

Estos procesos igualitarios, son un tiempo intenso, de preguntas fuertes y respuestas muchas veces raquíticas.

Hasta el presente los estudios jurídicos referidos a los saberes normativos indígenas y los procedimientos *no oficiales* para su aplicación, han dado como resultado ajustes institucionales de orden “paralelo” entre Estado y pueblos indígenas que luego han sido constitucionalizados en gran parte de América Latina. Constitucionalizados y *dejados en el olvido*.

A pesar de ello, el panorama es preocupante cuando entramos a revisar la producción constitucional relativa a pueblos indígenas y administración de justicia. Es en este *campo de lucha* donde el vacío en el conocimiento es notoriamente sensible, preocupante y denunciante.

Por su lado, las organizaciones indígenas del continente y el mundo, después de un cuarto de siglo en peregrinaje logran, en septiembre de 2007, la Proclamación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas convertida en el primer instrumento internacional de Derechos Humanos cuyas disposiciones son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para los Estados tal como lo dispone en su artículo 42.

La citada Declaración establece, además, en su artículo quinto: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural de los Estados*”.

Por tanto la Declaración tiene como eje central el *Derecho a la Cultura Propia en condiciones de igualdad que el Derecho Estatal*, este dato no debe comprenderse como *paralelismo jurídico* sino como “*pacto de coexistencia radicalmente democrática entre saberes y prácticas institucionales propias y válidas para cada ámbito de vida*”.

Este aspecto escasamente percibido, constituye el centro de gravitación para resolver equívocos permanentes, de enfrentamientos pocas veces fructífero entre juristas y cultores de otras ciencias sociales; de enfrentamientos conceptuales entre líderes indígenas, decisores políticos y la comunidad académica.

No mirar este hecho ha generado un problema mucho más grande aún: por un lado los teóricos de las ciencias sociales no han enfrentado adecuadamente el funcionamiento real de las diferencias y lugares comunes entre culturas jurídicas y el cómo de su normativización en un mismo Estado. Mientras que por su lado los juristas no logran construir un horizonte teórico que ayude a conciliar las diferencias y los lugares comunes en conflicto, hecho que se da de esa forma debido —en gran parte—, al *horizonte liberal* o neoliberal de sus matrices informativas, soportes epistemológicos y desconocimiento —culposo— de la realidad.

Juristas de enorme prestigio en el mundo indígena, por sus contribuciones al diálogo entre derechos, pagan costos enormes por este *pecado original*, elaborando y desarrollando proyectos normativos que reproducen la colonialidad del derecho, con todas las consecuencias que ello implica para los pueblos indígenas.

En un acto de rebelión y emancipación contra toda forma de pensamiento homegeneizante, en un acto de comunión con la realidad real, conocimiento y comprensión de la misma, Bolivia y Ecuador han dado pasos fundamentales en eso que algunos teóricos del Derecho, han venido a denominar como *constitucionalismo plurinacional*.

A no dudarlo, en Bolivia estamos viviendo un tiempo político emancipatorio, emancipatorio del tutelaje doctrinal *anglo-euro-céntrico*, emancipatorio por el desafío de crear derecho desde la realidad y no al revés, complementario por comprender que los saberes ajenos tienen sus propios ámbitos de validez que también son nuestros.

Lo sabemos, la ley por sí sola no cambia la realidad, pero es una poderosa ayuda para su transformación en beneficio de la dignidad humana.

El presente documento está dirigido a lectores que transitan en los pasillos de las cortes, de abogados que ocupan un lugar en un campo de lucha, donde decir la verdad del derecho, es cuestión de vida o muerte, de libertad o prisión. Un campo de lucha donde el lenguaje de los indígenas puede ser

bienvenido, pero no por ello aceptado sin pagar sus costos, el pluralismo no puede ser tal sino va acompañado de la pluralidad. También está dirigido a las autoridades indígenas originarias campesinas, que en el tiempo presente, no sólo pueden recuperar el pasado, sino construir nuevas formas de ejercicio jurisdiccional, defendiendo sustancialmente la dignidad humana, tenemos la autoridad histórica de nuestro lado.

Por eso este documento inicia su giro, mostrando un estado de situación de la justicia ordinaria, tal como la vemos desde la lente descolonizadora, sorprendiéndonos con el presente institucional. Seguimos el documento con una lectura histórica para despejar fantasmas en el camino, los lugares de derecho indígena en su debate, finalizamos con el bloque constitucional de ejercicio jurisdiccional indígena originario campesino, las bases constitucionales para su realización. Es en este lugar donde los fantasmas vistos por los opinólogos de derecha se esfuman en el éter, opinólogos que por lo general son *científicos idiotas*, por conveniencia política o por lucro mercachifle. Claro está que el documento no cierra el debate, sino que es sólo parte de uno mayor: desarrollo constitucional desde el Estado Plurinacional Comunitario.

## II. La jurisdicción ordinaria o los problemas de cambiar los letreros de las puertas, sin ver el hecho colonial

### 2.1. América Latina

40 años de reforma judicial en América Latina, ponen en evidencia el gran problema de nuestros sistemas judiciales: su pesada herencia colonial<sup>2</sup>.

2 Para un panorama amplio sobre *Colonialidad, saberes jurídicos y sistemas de justicia* véase Rodríguez Veltze (2009), Binder (2007); VJDH República de Bolivia (2006); Chivi (2006); Rodríguez (2005); Orellana (2004), Estella Nagle (2003). Para el caso específico de colonialismo y constitucionalismo véase de Bartolomé Clavero (1995; 2003; 2006; 2007). En general sobre colonialidad del *cabere* y construcciones políticas: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* de Edgardo Lander (comp.), CLACSO, Buenos Aires, 2000. Para una comprensión política de colonialidad y plurinacionalismo puede verse de Jorge Enrique González (ed.) su *Nación y Nacionalismo en América Latina*. Bogotá, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007, y muy especialmente el capítulo de Fernando Vizcaíno “Estado multinacional y globalización”, pp.

Una herencia, que no debe ser entendida ni confundida con la reproducción simple de mecanismos coloniales, sean estos institucionales y organizacionales, que para el caso da lo mismo, sino más bien como dispositivos excesivamente complejos y que encubren la colonialidad en envases atractivos como, modernización, tecnología y globalización, además de un largo etc., de argumentos que en la actualidad han entrado en desuso, tanto en el lenguaje político como en el técnico de la “reformas” judiciales.

Sin duda, los estudios sobre reforma judicial en nuestros países son escasos, a ello se une un marcado acento descriptivo y apego a las líneas institucionales de las agencias financieras que apoyan estos estudios<sup>3</sup>, en general se nos plantea que:

---

29-64. Así mismo puede consultarse de ERHARD DENNINGER y DIETER GRIMM su *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, en este libro se evidencia las limitaciones del derecho constitucional anclado en el liberalismo, sea cual fuere su versión (clásico, de bienestar o neoliberal), de ahí se pasa revista a las experiencias más recientes de constitucionalismo en países diversos y pluriculturales.

- 3 Trabajos pioneros en este sentido ya los encontramos desde inicios de los noventa, puede verse por ejemplo: *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Seminario patrocinado por el Banco Interamericano del Desarrollo. San José de Costa Rica, 1993, Washington D.C., o también: *La justicia más allá de nuestras fronteras experiencias de reformas útiles para América Latina y el Caribe*, Christina Biebesheimer, Carlos Cordovez (edit.), Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999; Hammergren, Linn, *Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más*, 2000; Carrillo Flores; Los retos de la reforma de la justicia en América Latina, 2000; y Felipe Saéz, La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina 2000 en *Reforma judicial en América Latina: Una tarea inconclusa*. Disponible en Internet: <http://www.oas.org/juridical/spanish/adjusti.htm>, este sitio es de la Organización de Estados Americanos. Para una posición neoinstitucionalista puede verse de Linn Hammergren *¿Hemos llegado?: El desarrollo de estrategias empíricas para la reforma judicial*. Revista del CLAD: Reforma y Democracia, No. 23, (junio 2002), Caracas, Venezuela. Para una visión sobre la independencia judicial y la incidencia de la cooperación internacional en ella, véase de Margaret Popkin, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa en Pautas para la promoción de independencia judicial e imparcialidad* (marzo 2002), Washington D.C., USAID *Due Process of Law Foundation* (DPLF)/Fundación para el Debido Proceso Legal, 2002, Internet, [www.dpfl.org](http://www.dpfl.org). Para una perspectiva de la reforma judicial desde la sociedad civil y la incidencia en ella véase de AA. VV; *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina*, Massachussets *Due Process of Law Foundation* (DPLF)/Fundación para el Debido Proceso Legal, *National Center for State Courts* (NCSC)/Centro Nacional para Tribunales Estatales, octubre 2005, Internet, [www.dpfl.org](http://www.dpfl.org). Finalmente un trabajo realmente enriquecedor de este panorama general, *Justicia un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Carlos Cordovez (Editor), Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo-INECIP, 2007.



La reforma judicial se percibe desde hace mucho tiempo como una condición previa para la consolidación de la democracia y del desarrollo sustentable en Latinoamérica. La mayor parte de los países de la región inició la última década del siglo XX con instituciones judiciales débiles, ineficientes y políticamente vulnerables. Pocos fueron capaces de lograr un equilibrio adecuado con el poder ejecutivo, garantizar el respeto pleno de los derechos humanos y civiles básicos, promover un entorno conducente al desarrollo económico, especialmente para la inversión nacional e internacional, y proporcionar a sus ciudadanos los elementos esenciales de la seguridad. Contaban con códigos penales anticuados, tribunales con estructuras organizativas y presupuestarias insuficientes, jueces y funcionarios judiciales y policiales mal remunerados e inadecuadamente capacitados, procedimientos jurisdiccionales que demostraban niveles mínimos de transparencia y condiciones penitenciarias generalmente deplorables.

Muchos países de la región reconocieron estos problemas. Con el estímulo y el respaldo de la comunidad internacional iniciaron programas y proyectos para la renovación integral de sus sistemas e instituciones judiciales. Estas iniciativas han sido de muy diversa índole, y van desde reformas constitucionales, cambios estructurales en la administración de justicia, la sanción de nuevos códigos civiles y penales hasta esquemas menos ambiciosos que tienen por objeto efectuar mejoras técnicas a los sistemas existentes.

El proceso de reforma de los últimos 40 años atravesó diversas etapas, yendo desde los ajustes de tipo mecanicista de los años 60 dirigidos a mejorar el suministro de servicios judiciales hasta los enfoques sistemáticos que se aplicaron en décadas subsiguientes.

La última ola de reformas, que resultó ser también la más concentrada, comenzó a mediados de la década de 1990 poco después de la consolidación de los sistemas democráticos formales en el hemisferio occidental. Durante esta etapa el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), instituciones no gubernamentales y países donantes, entre los que se cuenta a EEUU por medio de su Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID), aportaron cerca de mil millones de dólares en concepto de ayuda financiera para las iniciativas de reforma del sistema de administración de justicia. Las mencionadas contribuciones se aplicaron a proyectos de largo plazo con términos

de ejecución de al menos diez años, por lo que muchos de ellos continúan desarrollándose”<sup>4</sup>.

Una vertiente, menos descriptiva, más reflexiva con los resultados, menos complaciente con los datos estadísticos y que pone en cuestionamiento los intereses políticos de quienes propugnan la reforma judicial (el cómo lo hacen y para qué lo hacen), ha sido poco fructífera en estas tierras, a pesar de contar con los adalides de la Reforma Procesal Penal y Judicial en América Latina<sup>5</sup> entre sus miembros. En esta línea de pensamiento las tesis presentadas por Cesar Rodríguez, para el caso colombiano, son ilustrativas además de útiles para una perspectiva regional, señalando que:

Los proyectos contemporáneos de reforma judicial en (...) Latinoamérica hacen parte de una ‘segunda generación’ de programas de transformación de las instituciones legales, que tiene una afinidad directa (aunque también diferencias

- 4 Cfr., Peter de Shazo y Juan Enrique Vargas, *Reforma Judicial en América Latina: Resultados*, Santiago de Chile-Washington D.C., CSIS *Americas Program* y Centro de Estudios Judiciales de las Américas, 2006, p 3. Para una visión comparativa de la reforma judicial en la región véase también, *Reporte sobre el Estado de las reformas judiciales en las Américas 2002-2003; 2004-2005 y 2005-2006* en *Revistas Sistema Judiciales*. Santiago de Chile, CEJAS-INECIP; asimismo véase *En busca de una Justicia Distinta*, Luis Pasará (Comp.). México D.F., UNAM, 2004, aquí escriben: Mauricio Duce (Chile); Héctor Fix-Fierro (México); Linn Hammergrem (Perú); María Teresa Zadeck (Brasil); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Alfredo Fuentes Fernández (Colombia); Álvaro Fernandino (Acceso a la Justicia); Margaret Popkin (Independencia judicial); Juan Enrique Vargas Viancos (Eficiencia judicial); Roberto Mac Lean “(Visión de conjunto); de Germán Burgos, *Reforma judicial en América Latina: Tiempo de balances*. El mencionado autor señala con certeza que: “Las reformas judiciales iniciadas masivamente en América Latina, están costando mucho a nuestras poblaciones, por lo demás cada vez más empobrecidas, de forma tal que los asuntos de la administración de justicia son temas tan importantes que no pueden dejarse en manos solo de los jueces, abogados, o como empieza a ser dominante, de la banca multilateral”, Internet, <http://www.ilsa.org.co/img/html/bb.html>. Así también de Schavarstein, Leonardo, *Repensar la reforma judicial en América Latina*, Foro nacional “Estrategias para el mejoramiento de la administración de justicia de Honduras”. noviembre 1994. para un modelo de reforma judicial por parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] véase: *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia América Latina y el Caribe*, INECIP, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2005.
- 5 Cfr., De Alberto Binder, *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003; *Justicia= ¿Poder Judicial?: necesidades y alternativas de cambio en Cuadernos de Reflexión Nro 1*, Vicepresidencia de la República de Bolivia, 2007; Luis Pasará, *Reformas del sistema de justicia en América Latina: Cuenta y Balance*, (mimeo), 2004.

importantes) en relación con una primera generación de programas de derecho y desarrollo (*law and development*), que tuvo su auge hace cuatro décadas.

En segundo lugar, muestro las tensiones internas de los programas de reforma judicial y de fortalecimiento del Estado de derecho. Sostengo que ellas revelan, a su vez, las tensiones existentes dentro del ideal liberal del Estado de Derecho, entre la protección igualitaria de las garantías democráticas, por un lado, y la protección de la propiedad privada y la libertad de mercado, por el otro.

En tercer lugar, al hacer un balance de los programas de reforma judicial en la práctica, mantengo que éstos han tendido a privilegiar la cara del Estado de derecho que promueve el mercado —por ejemplo, a través del relieve puesto en la reforma a la justicia civil y penal para aumentar la seguridad de los contratos y reforzar el orden público—, antes que los componentes del Estado de derecho que buscan garantizar el acceso igualitario a la justicia y la sujeción de todos los ciudadanos y gobernantes a la ley<sup>6</sup>.

De estos dos posicionamientos podemos establecer que la reforma judicial se encuentra en arenas movedizas, entre las urgencias del mercado y las urgencias de los mayoritarios, al medio encontramos, como siempre, la realidad maquillada, la verdad silenciada y el elogio ritual de los procedimientos.

Sin embargo, y a pesar de los autores de uno y otro lado, es posible señalar que ambas perspectivas tienen una agenda común de los problemas que hacen a la administración de justicia en la región y que se sintetizan en:

- Independencia judicial.
  - Acceso universal igualitario.
  - Reclutamiento y promoción en base a los méritos.
  - Organización y gestión administrativa del despacho.
  - Asignación de recursos y autarquía presupuestaria.
  - Introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

6 Vid., César A. Rodríguez Garavito, *Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo*. Internet, [http://www.dis.org.co/pdf/libros/cr\\_reformajudicial.pdf](http://www.dis.org.co/pdf/libros/cr_reformajudicial.pdf).

- Implementación del pluralismo jurídico para minorías culturales<sup>7</sup>.

Estas siete líneas de trabajo, han marcado y dirigen aún las agendas de la reforma judicial en América Latina.

Cómo podrá notarse, el tema de la colonialidad (los saberes jurídicos y judiciales, sus prácticas institucionales y sociales), están lejos de considerarse como parte de los grandes problemas que tienen nuestros sistemas de justicia, y que de modo reciente Binder, Zaffaroni, Rodríguez Veltzé y otros están comenzando a ver como uno de los lugares conflictivos clave, en asumirlo como el núcleo mismo de la problemática judicial<sup>8</sup>.

Y ello no es para extrañarse, sino más bien para constatar que un déficit en los estudios referidos a la reforma judicial consiste en agarrar el objeto de investigación y los sujetos interactuantes, al margen del hecho colonial.

## 2.2. Bolivia

Sin duda, el caso boliviano es un paradigma del olvido cuando de estudios sobre la reforma judicial se trata.

En efecto, existe escasa información disponible sobre el estado de situación del sistema de justicia en Bolivia en el proceso previo de la reforma constitucional de 1994<sup>9</sup>, menos aún de los logros, avances y perspectivas en más de diez años de reforma judicial luego de la modificación constitucional de 1994-95<sup>10</sup>.

7 Cfr., *En busca de una Justicia Distinta*, Pasará, Luis (comp.), UNAM, México D.F., 2004.

8 Alberto Binder señala al respecto que: "(...) si vemos los 200 años de historia independiente que hemos tenido, ninguno de los países nos hemos podido sacar de encima el modelo colonial, inquisitorial de la administración de justicia (...) me parece que esta época es una enorme oportunidad para que pongamos en cuestión ese modelo y lo echemos debajo de una vez por todas..." en Cuadernos de Reflexión Nro. 1, *Poder Judicial = ¿Justicia?: Necesidades y alternativas de cambio*. Vicepresidencia de la República, 2007, p. 7.

9 Cfr., *Estudio sectorial sobre el Poder Judicial en Bolivia*, informe presentado a la Corte Suprema de Justicia, La Paz, Bolivia, 7 de diciembre, San José de Costa Rica, ILANUD, 1988; Así también *Estudio del funcionamiento del sistema penal en Bolivia*, ILANUD, La paz, Bolivia, 1992.

10 Esta reforma constitucional, establece pautas al diseño institucional del sistema de justicia en Bolivia, el Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura y el Tribunal Agrario Nacional son el resultado de este proceso que modifica sustancialmente un orden de atribuciones, mas no así una

Uno de los primeros informes del cual se tiene noticia, es el encargado a la abogada costarricense Sonia Navarro y publicado por el Ilanud<sup>11</sup>, otro posterior fue elaborado por la cooperación española a principios del 2000, denominado *Proyecto de Reforma Judicial en Bolivia*<sup>12</sup>, el mismo año un reporte sumamente importante fue elaborado por Eduardo Rodríguez Veltzé<sup>13</sup>, ya al filo del 2003 se tiene un breve reporte de Julio César Torrico que no pasa de las tres páginas<sup>14</sup>.

El 2003 Daniel Mogrovejo y Ritcher, nos muestran un panorama más amplio sobre el sistema de justicia y el Consejo de la Judicatura<sup>15</sup>.

Se cuenta también con estudios sobre la reforma procesal penal que nos ilustran parcialmente el avance general de la reforma en la justicia penal, habida cuenta además que es precisamente en la zona penal donde la relación Estado y ciudadano se tensiona de tal manera que se convierte en un termómetro de la democracia<sup>16</sup>.

Para comprender el fracaso de la Reforma Procesal Penal y con ello el fracaso de la Reforma Judicial en Bolivia, conviene ver el documento de Iván Lima quien acertadamente señala que una de las razones para este hecho ha

---

cultura jurídica interna. La reforma procesal penal de la segunda mitad de los noventa y su consolidación en el primer año del siglo XXI, si bien ha tratado de romper el monopolio del modelo inquisitorial por la oralidad, ha visto caer sus propias promesas en un mar de desaciertos procesales atribuibles a maniobras propias de abogados o en su caso a decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional.

- 11 Navarro Solano, Sonia, *Lineamientos de la modernización administrativa del poder judicial: Caso Bolivia*, Proyecto de Reformas Judiciales, Escuela Judicial de Costa Rica, ILANUD, Sucre, Bolivia, s/f.
- 12 Internet, [http://www.maec.es/nr/rdonlyres/d2523016-f539-4d6c-bf37-4f6e0ed07ab8/0/12evaproyecto\\_dereformajudicialenbolivia.pdf](http://www.maec.es/nr/rdonlyres/d2523016-f539-4d6c-bf37-4f6e0ed07ab8/0/12evaproyecto_dereformajudicialenbolivia.pdf)
- 13 *Informe sobre Independencia Judicial en Bolivia*, Internet, [http://www.dplf.org/jit/span/la\\_jit01/la\\_jit01\\_bo.htm](http://www.dplf.org/jit/span/la_jit01/la_jit01_bo.htm), acceso: agosto 2000.
- 14 La cita arriba mencionada es todo el reporte, sin duda que no representa en mucho los, problemas, avances y perspectivas hasta ese momento. Internet, [http://www.cejamericas.org/sistemas\\_judiciales/dossier.php?revista=5&idioma=espanol&secc=107&remaniv2=107](http://www.cejamericas.org/sistemas_judiciales/dossier.php?revista=5&idioma=espanol&secc=107&remaniv2=107). Revista Sistemas Judiciales, Nro. 5, Santiago de Chile, septiembre de 2003.
- 15 Vid. "Informe sobre el Consejo de la Judicatura en Bolivia" (pp. 111=158), en *Consejos de la Magistratura: Los consejos de la magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*, Buenos Aires, Revista *Pena y Estado*, revista latinoamericana de política criminal.
- 16 Cfr., de Elizabeth Morató, *La Reforma Procesal Penal: Un proceso, varias visiones*. Compañeros de las Américas, La Paz, abril 2004.

sido precisamente la falta de coordinación entre las agencias de cooperación mayormente involucradas<sup>17</sup>.

El mencionado investigador señala con toda precisión:

[P]rincipalmente debe considerarse el trabajo que desarrollaron USAID y la Cooperación Técnica Alemana GTZ, que fueron las agencias con mayor presencia en materia de implementación durante los primeros años de implementación de la reforma. La falta de coordinación entre estas dos agencias y la inexistencia de una entidad estatal que generara un espacio de encuentro y consenso sobre el trabajo a realizar, llevó a que en numerosas oportunidades los capacitadores de una de las agencias contradijeran los conceptos vertidos por los capacitadores de la otra, generando confusión en los participantes.

El debate constituyente, puso en tapete de discusión el sistema de justicia, Leticia Lorenzo<sup>18</sup> por un lado y Carlos Alarcón<sup>19</sup> por el otro, muestran perspectivas atrayentes aunque contrapuestas entre sí.

En el trayecto del debate los órganos jurisdiccionales, disciplinarios, de jurisdicción constitucional, agraria y los de apoyo, cada uno por su lado prepararon propuestas para la Asamblea Constituyente, en orden de aparición podemos citar los siguientes: Ver cuadro 1

En pleno debate constituyente también, el Poder Ejecutivo presentó dos documentos, el primero del Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>20</sup> y el segundo compilado por el Viceministerio de Coordinación Gubernamental, ambas fueron presentadas ante la Asamblea Constituyente en su comisión judicial.

No debemos olvidar que la cooperación internacional ha tenido mucho que ver con los procesos de reforma judicial en América Latina, el caso bo-

17 Cfr., *Las reformas a la administración de justicia en Honduras y Bolivia: Razones que han obstaculizado Su éxito y como enfrentarlas*, Washington D.C., Due Process Of Law, 2008, p. 104.

18 Cfr., *Refundar Bolivia: Refundar la Justicia*, en *Reflexiones para el debate constituyente*, Vicepresidencia de la República, La Paz, 2007.

19 Cfr. *La justicia constitucional en Bolivia*, en *Análisis y Opinión*, La Paz, 2007.

20 Cfr., Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Revolución judicial para Vivir Bien*, Mimeo, agosto 2006, de la misma Cartera los folletos; *Nacionalizar la Justicia Descolonizando el Derecho*. Nros. 1 y 2; diciembre 2006 y enero 2007, respectivamente.

Cuadro 1	
Proponente a la Asamblea Constituyente	Fecha
Ministerio Público	Agosto 2006
Tribunal Constitucional	Septiembre 2006
Tribunal Agrario Nacional	Septiembre 2006
Consejo de la Judicatura	Septiembre 2006
Poder Judicial en la Nueva Constitución	Octubre 2006
FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA, 2009.	

liviano no escapa a esta realidad, han sido ellos precisamente quienes marcaron la agenda de intervención institucional, USAID, como la GTZ, la AECI, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo<sup>21</sup> cada uno a su turno con sus propias perspectivas. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, regional Bolivia, ha publicado un extenso informe relativo al proceso constituyente, donde encontramos elementos de análisis acerca de la justicia, los jueces y el crimen, que nos muestran un panorama descriptivo de la opinión ciudadana y el sistema de justicia, obviamente los resultados nos muestran un panorama crítico sobre el poder judicial en Bo-

21 Cfr., de Ángel Allan y Julio Faundez, *La Reforma Judicial en América Latina: El Rol del Banco Interamericano de Desarrollo*, Internet, [http://www.cejamericas.org/sistemas\\_judiciales/muestrapagina.php?revista=0&idioma=espanol&secc=408&remaniv2=402](http://www.cejamericas.org/sistemas_judiciales/muestrapagina.php?revista=0&idioma=espanol&secc=408&remaniv2=402)

livia, a la vez que una opinión pública favorable para la jurisdicción indígena<sup>22</sup>.

Pasados los ecos constituyentes, al menos en su debate, tanto Carlos Bórth como Carlos Alberto Goitia, Carlos Hugo Molina y otros están preparando documentos de desarrollo normativo de la Nueva Constitución Política del Estado, claro está que sus propuestas mantienen su pecado original, no ven el hecho colonial, reproducen la colonialidad contemporánea con envases pintados y vidrios de colores. Votaron por el sí en el referéndum constitucional, pero lo hicieron para quitarle su potencia epistemológica, debilitar su programa político, porque —ellos bien lo saben—, de la batalla de las definiciones y su aplicación práctica dependen la reproducción de la tragedia colonial, o la superación de la misma desde una Democracia Igualitaria efectivamente plurinacional comunitaria.

### 2.3. Elementos para una re-interpretación política de la reforma judicial en Bolivia

Desde el momento mismo de iniciada la vida republicana, el sistema de justicia nació atrapado en las costumbres coloniales, tal como lo atestigua el Decreto de 15 de diciembre de 1825 en el que se disponía la “*Creación de una Corte Superior de Justicia en La Paz con las mismas atribuciones que las antiguas audiencias*”, por si ello fuera poco, el Decreto de 21 de diciembre del mismo año establece “*Que se observe en La República la Ley de 9 de octubre de 1812 y demás decretos de las cortes españolas sobre la administración de justicia*”.

El proceso codificador hasta su consolidación con los Códigos Santa Cruz en la primera mitad del siglo XIX, es la constatación más palpable de lo mencionado<sup>23</sup>.

Este momento constitutivo del Poder Judicial evidencia tres hechos:

22 Cfr., *El Estado de la opinión: Los bolivianos, la Constitución y la Constituyente*, PNUD, La Paz, 2007, pp. 93-103.

23 Para un panorama más amplio sobre el siglo XIX puede verse de Renato Crespo, *Apuntes para una historia del derecho en la época republicana*, en *Revista Jurídica*, UMSS, Cochabamba, Año II, números 87a 90, diciembre 1959.



- La continuidad colonial en el nivel institucional (Decreto de 15/XII/1825).
- La adopción acrítica de un modelo normativo extraño a nuestra realidad, como es el modelo español (Decreto de 21/XII/1825).
- El desconocimiento olímpico de las formas indígenas en la resolución de conflictos.

La fuerza del positivismo a fines del siglo XIX, muestra con elocuencia extrema la dependencia jurídica de las elites, la Convención Nacional de 1899 y el posicionamiento público de los juristas del siglo señalado, evidencian con abundancia, la visión racial y cultural sobre cómo debe tratarse jurídica y judicialmente a los pueblos indígenas, a los pobres del campo y la ciudad.

La primera mitad del siglo XX se prodigó en comisiones codificadoras, en anteproyectos de Códigos que, por lo general, respondían a un derecho extraño y lejano de nuestra realidad, paradójicamente, por ese mismo tiempo, tuvo que ser un pensador español quien volcó su mirada a los pueblos indígenas, Manuel López Rey y Arrojo, en 1942<sup>24</sup>, quien no sólo hizo estudios sobre las posibilidades del tratamiento penal sino que además incursionó en los ámbitos de la sucesión y su tratamiento en el anteproyecto oficial de código civil.

La década de los cincuenta y el proceso de *campesinización* forzada muestran una nueva época de viejas mañas. Los *MNRristas* se adueñaron de la justicia y la convirtieron en su cómplice<sup>25</sup> y centro de reproducción partidaria del poder político<sup>26</sup>.

La década de los sesenta se conformaron comisiones codificadoras que dejaron todo su trabajo a la dictadura de Hugo Banzer Suárez, después del derrocamiento de la Asamblea Popular con J. J. Torres Gonzáles.

---

24 López Rey, Manuel,, *Proyecto oficial de Código Penal*, Comisión Codificadora Nacional, La Paz, 1946.

25 Cfr., De Villamor Lucía, Fernando, *La Codificación Penal en Bolivia*, Popular, La Paz, 1978.

26 Comunicación personal del Profesor Raúl Basualto Caro (Oruro, agosto 2007).

Los Códigos Bánzer —a través de sus “comisiones coordinadoras”<sup>27</sup>—, pusieron en evidencia, la utilización del derecho penal para consolidar un régimen dictatorial, demostrando, una vez más, la dependencia de teorías jurídicas ajenas a nuestra realidad, el técnico jurídico, de un diseño institucional remozado en prácticas inquisitoriales actualizadas y útiles para una concepción del derecho aséptico a la reflexión política, encasillada en un *administrativismo* absurdo y cómplice de la Doctrina de Seguridad Nacional que aún hoy tiene efectos devastadores en el sistema judicial, así como en el de la enseñanza universitaria<sup>28</sup>.

La década de los noventa, es testigo de una intensa reforma jurídica y judicial<sup>29</sup>, con la promulgación extensiva de códigos, leyes y decretos que nos muestran, una nueva forma de uso del derecho: la legalidad en falso.

El modelo neoliberal, adoptado por aquellos que gobernaban el país, profundizó la dependencia a extremos inadmisibles, la Ley fue usada en grados insospechados para beneficiar a las transnacionales. A título de globalización, se cambió la Constitución Política del Estado y se instituyó un nuevo diseño institucional del Poder Judicial<sup>30</sup>.

27 Podríamos señalar que esta es la *primera generación de reformas normativas* en Bolivia y que tuvo efectos en las prácticas sociales de juzgados y cortes (...) las promulgaciones de los códigos, penal, civil, comercial, de familia, de procedimiento penal, procedimiento civil abren las puertas al mercado y privilegian al capital privado, al mismo tiempo que dar seguridad jurídica a la Doctrina de Seguridad Nacional.

28 El tecnicismo jurídico, sigue siendo el sostén ideológico con el cual, los constitucionalistas contemporáneos defienden el Estado Legal, mas no —en rigor— constitucional. Nacido en la primera década del siglo XX y consolidado en la segunda guerra mundial, el tecnicismo jurídico se convirtió en un interesante discurso usado por burocracias académicas y judiciales, era lo máximo que se podían permitir elites burocráticas que no conocían los tribunales constitucionales, pues estos surgieron después de la segunda guerra mundial. En el modelo tal como los conocemos hoy, lo básico de esta tendencia es que renuncia ferozmente de la reflexión filosófica y se queda con un normativismo absurdo donde nada está fuera de la Ley y todo se encuentra dentro de ella.

29 Lo que podemos denominar como la segunda generación de reformas judiciales con alto énfasis en la protección del capital transnacional y la modificación de las reglas procesales en materia de seguridad pública.

30 Las modificaciones al Código Penal (1997) asentado en un finalismo poco comprendido menos aún puesto en práctica, la reforma del Código Procesal Penal basado en la oralidad y que hoy se encuentra en crisis, la promulgación de la Ley de Arbitraje y Conciliación y con ello de nuestra sujeción a los tribunales internacionales de arbitraje evidencian que el modelo neoliberal, mezclaba

Es en esta década, precisamente, donde se ponen en evidencia los mecanismos contemporáneos de dominación colonial y que vienen de la mano de la cooperación internacional<sup>31</sup>, ONG internacionales con aliados locales, universidades, colegios de abogados y el propio Poder Judicial.

Aprobada la Nueva Constitución Política del Estado en enero de 2009, el Órgano Ejecutivo ha iniciado la elaboración de leyes de desarrollo constitucional, uno de ellos referido precisamente a la estructura, funciones y limitaciones de la Jurisdicción Ordinaria, aunque por lo que se ve, dejan de lado el hecho colonial, para ingresar una lógica de remedos institucionales, que no cumplen con los estándares mínimos de la constitución política.

183 años de vida republicana y el sistema de justicia en Bolivia, al igual que la región no ha logrado emanciparse de la colonialidad persistente.

Resumiendo, si vemos con atención el largo siglo XIX, los datos del siglo XX particularmente las décadas de los setenta y noventa, reflexionamos sobre los logros, los avances y los aprendizajes, podemos llegar a una sola conclusión, la colonialidad está presente, no ausente.

El Poder Judicial es el destinatario de ese ejercicio, pero a su vez este mismo poder como núcleo problemático, reproduce casi intuitivamente viejos *habitus* coloniales actualizados y menos perceptibles, pero coloniales al fin.

---

seguridad pública con protección de los capitales transnacionales, la modificación constitucional y la introducción del Tribunal Constitucional, el Consejo de la Judicatura, la Judicatura Agraria y el Defensor del Pueblo nos muestran un panorama bastante amplio de lo que ocurrió en ese momento de juridificación neoliberal y el cómo de su funcionamiento institucional.

- 31 Comunicación personal de Bartolomé Clavero, Jörg Stippel y Raquel Irigoyen en ocasión del Seminario sobre Descolonización y Estado Plurinacional, Sucre, abril 25 de 2007. Al respecto Trubeck señala que: *“Los rumores de su muerte fueron exagerados. Hoy en día, el negocio de la reforma jurídica en los países en desarrollo es muy boyante, hasta el punto de superar incluso los sueños más ambiciosos de los pioneros de la [primera generación] de derecho y desarrollo. Agencias como el Banco Mundial, que antes se dedicaban principalmente a construir carreteras y embalses y a promover el equilibrio macroeconómico, hoy proclaman la importancia del “Estado de derecho” (rule of law) y gastan miles de millones de dólares en reformar los sistemas jurídicos de países tan diversos como Albania, Argentina, Bangladesh o Bolivia” (2006: 34). Citado por Rodríguez Garabito, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo, Mimeo, 2006.*

No todo fue hecho desde nosotros, más bien deberíamos decir que, ni siquiera marcamos la agenda nosotros, sino que ya llegaron paquetes normativos de reformas dizque apropiadas para el país como ser: independencia judicial, justicia constitucional, selección, administración y disciplina judicial, acceso a la justicia, formación y carrera judicial, gestión judicial y seguimiento informatizado, apertura, consolidación, mejoramiento y profundización de la reforma procesal penal, arbitraje y conciliación, apertura de la reforma de la justicia civil, comercial y administrativa, pluralismo y pluralidad jurídicas, justicia de paz, judicialización de los Derechos Humanos.

Como se puede advertir, la agenda de la cooperación internacional, es con creces una de las más abultadas del país —y el continente— sin embargo los resultados, o son poco alentadores, o no han logrado despegar desde sus viejos cimientos.

Es tiempo de repensar la reforma judicial, ya no desde la bitácora del norte, sino desde nosotros mismos, de nuestras viejas raíces, de nuestra facultad para inventar el futuro, desde nuestra capacidad de comprender el funcionamiento del colonialismo interno y con ello plantear su descolonización.

#### **2.4. La justicia boliviana: herencia colonial y procesos contemporáneos**

¿Cuáles son los problemas que hacen a la administración de justicia en Bolivia? Esta pregunta ha merecido diversas respuestas, en diferentes momentos y desde momentos políticos particulares. Aquí mostramos una visión que pretende establecer una síntesis de la crisis estructural en la administración de justicia, su síntesis de matriz colonial y existencia contemporánea.

<b>Persistencia Colonial en el Poder Judicial</b>	
<p>En la conformación <i>monoétnica</i> del poder judicial</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Corte Suprema.</li> <li>2. Tribunal Constitucional.</li> <li>3. Consejo de la Judicatura.</li> <li>4. Tribunal Agrario.</li> <li>5. Cortes de Distrito.</li> <li>6. Juzgados de Instancia.</li> </ol>
<p>En el sistema de selección, promoción, evaluación y disciplina judicial</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Con evidencia suficiente de cuoteo “partidario” de los cargos jerárquicos en todas sus instancias de decisión jurisdiccional que afecta la independencia judicial.</li> <li>2. Control de promoción sujeto a redes sociales, parentales y de compadrazgos.</li> <li>3. Evaluación débil y casi inexistente o que funciona solo en casos de denuncia de parte.</li> <li>4. Disciplina judicial debilitada y sujeta a mecanismos menos judiciales en su investigación, procesamiento y sanción.</li> </ol>
<p>En la estructura orgánica y funcional</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Evidente diseño de parcelas políticas.</li> <li>2. Bajos niveles de coordinación entre los órganos que componen el Poder Judicial.</li> <li>3. Bajos niveles de coordinación entre el Poder Judicial y los órganos estatales de apoyo a la función jurisdiccional.</li> <li>4. Relaciones de autonomía altamente profundizadas entre distritos judiciales y en su relación con la Corte Suprema de Justicia.</li> </ol>
<p>En el diseño normativo y prácticas institucionales</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Normativa y sistemática más compleja de lo necesario.</li> <li>2. Dispersión normativa y fragmentación reglamentaria.</li> <li>3. Lenta en su movimiento procesal y menos transparente en sus acciones.</li> <li>4. Evidente ineficacia instrumental de sus sentencias por la falta de consistencia doctrinal y legal de su base argumentativa.</li> </ol>

Persistencia Colonial en el Poder Judicial (continuación)	
En el diseño organizacional	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Desigual distribución de jueces por jurisdicción territorial urbana y rural.</li> <li>2. Desigual distribución por materias en los distritos judiciales.</li> <li>3. Deficiente organización interna del despacho.</li> <li>4. Con evidentes grados de sujeción no deseada de los funcionarios de apoyo jurisdiccional y administrativo en relación a sus estructuras jerárquicas.</li> <li>5. Con un sistema de selección, formación y capacitación judicial reproductor de <i>habitus</i> sociales perversos.</li> </ol>
En las prácticas perversas	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Excesivamente propenso a la corrupción mimetizada de “impulso procesal” en varios fragmentos de poder (secretarios, auxiliares, oficiales de diligencias, supernumerarios, amanuenses) que da lugar a una dramática falta de acceso a la justicia.</li> <li>2. Costos excesivos e irracionales de los valores, tasas y aranceles judiciales, así como las del Ministerio Público y la Policía.</li> <li>3. Falta de uniformización de los procedimientos entre un distrito judicial y otro, particularmente en la interpretación de las sentencias del tribunal constitucional.</li> </ol>

## 2.5. Bolivia: de las “reformas” a las políticas judiciales descolonizadoras

El paso de *reformas judiciales* a políticas judiciales<sup>32</sup>, significa en realidad el paso de modelos de mejoras administrativas y procesales, rediseños del despacho, informatización de la información judicial —el sorteo de expedientes y el seguimiento del juicio y los resultados jurisprudenciales, etc., a modelos de gestión del/os conflicto/s acorde/s con las urgencias de la realidad, políticas judiciales que *ven y van* más allá a la mera conversión cosmética de la institucionalidad judicial<sup>33</sup>.

32 Binder, 2006, 2007.

33 Para un debate sobre este punto *cf.*, Lo trabajado en sistema judiciales desde la sociología organizacional y los neoinstitucionalistas en América Latina.

Pensar la justicia desde la descolonización, significa un replanteamiento crítico a la *geopolítica del conocimiento jurídico*<sup>34</sup>, sus entendimientos sociales y sus prácticas institucionales<sup>35</sup>.

Las políticas judiciales, son procesos de programación constitucional de un sistema de justicia, que abordan directamente los problemas de independencia judicial, acceso a la justicia, *de pluralismo y pluralidad jurídica*.

Las *políticas judiciales* tal como las entendemos desde la crítica a la colonialidad, son un paso adelante a las reformas judiciales porque parten de un cuestionamiento profundo a la manipulación maniquea de las mismas, porque parten de la constatación de que es urgente un régimen de verdad adecuado a la realidad de donde emerge<sup>36</sup>. Y una parte de la realidad y la verdad somos nosotros los descendientes de los primeros habitantes de estas tierras.

## 2.6. Reforma judicial y pluralismo raquíutico por América Latina

En el contexto constitucional un brevísimo recorrido nos muestra el siguiente panorama normativo regional: Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992, 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994) y Ecuador (1994, 1998), Venezuela (1999) y nuevamente Bolivia (2004) con el reconocimiento de “sujeto electoral” a los Pueblos Indígenas<sup>37</sup>.

34 En definitiva, estos vienen a ser los propósitos prácticos de los planteamientos teóricos desarrollados desde el primer capítulo del trabajo.

35 Todo lo mencionado implica la búsqueda por resolver una vieja tensión entre el modelo monárquico —vertical y rehén de la designación partidaria— y la decisión democrática y popular —elección y concreción de mayorías y minorías—, esto último implica un desafío sustancial de tres datos políticos de mayor envergadura: Estado de Derecho (imperio de la ley), Democracia (la legitimidad del voto) y la República (separación de poderes).

36 Foucault señala al respecto: cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad es decir, los tipos de discursos que acoge y hace funcionar como verdaderos o falsos, el modo como se sancionan unos y otros, las técnicas y procedimientos que están valorados para la obtención de la verdad, el estatuto de quienes están a cargo de decir lo que funciona como verdadero. *Cfr.*, Un diálogo sobre el Poder, Alianza, Madrid, p. 143.

37 Hecho, que a decir del Prof. Bartolomé Clavero, es un derecho partido en K *Cfr.*, *Retablo Constitucional de Derecho Indígena: Ecuador, Venezuela, Bolivia, México*, 2006 (documento que me

Algunas de estas constituciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela) han reconocido, en mayor o menor medida, las costumbres jurídicas o “derecho consuetudinario” indígena, estableciendo normas para su consideración por el derecho estatal o para su desarrollo por medio de sistemas de jurisdicción indígena, mas no para que la misma justicia formal de impregne de las experiencias indígenas en su administración de justicia interna.

Una excelente síntesis crítica de los retos y desafíos que el constitucionalismo latinoamericano tiene con los pueblos indígenas y su administración de justicia nos la ofrece el profesor Bartolomé Clavero quien señala que asistimos al desprestigio de las políticas indigenistas de los Estados en materia de constitucionalización de los derechos indígenas, a una especie de retirada táctica pero no así a una salida estratégica pluralista, intercultural y plurinacional, por ello “*el indigenismo de Estado se halla profundamente desprestigiado. De ahí procede [...] el viraje constitucional [...] al que se asiste durante estos últimos años*”<sup>38</sup>.

Ese viraje se ha dado en los casos de Ecuador y Bolivia y que hoy se encuentran en sus constituciones respectivamente aprobadas.

Las políticas de reconocimiento, políticas indigenistas, han sido sustituidas enfrentando la violencia racial de origen colonial, por políticas de descolonización, se viene un tiempo mejor para la creatividad jurídica, tal como ya lo han anunciado algunos de los doctrinarios más importantes del continente.

## 2.7. Estado plurinacional y jurisdicción indígena: pluralidad y pluralismo

Las asambleas constituyentes en Bolivia y Ecuador, son con mucho, el ejemplo de que es posible construir derecho alejados de las sacrosantas formulas principistas de naturaleza kantiana, para aproximarnos a las exigencias de la

---

fue enviado por correo electrónico) pero se puede acceder a él, en Internet, <http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>.

38 Cfr., *Geografía jurídica de América Latina: Derecho indígena entre constituciones no indígenas*, Internet, <http://alojamientos.us.es/derecho/clavero/retablo.pdf>.



realidad, particularmente a la realidad de pueblos indígenas, como señala Bartolomé Clavero:

Tengamos presente que el derecho internacional de derechos indígenas es parte integrante del derecho internacional de derechos humanos, una parte necesaria porque, con las fuertes secuelas del colonialismo, el racismo y el supremacismo, la humanidad indígena viene sufriendo discriminación y hasta exclusión en el beneficio de los derechos. Por esto se ha hecho necesaria la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración que, si les distingue, es para cancelar su discriminación.

Ecuador y Bolivia son los primeros Estados en responder constitucionalmente a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Haciéndolo a su letra y a su espíritu, establecen un sistema ya dispuesto a reconocer y capaz de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales en un pie efectivo de igualdad<sup>39</sup>.

La jurisdicción indígena originaria campesina, tal como se dispone en blindaje constitucional de la Constitución boliviana, se asienta en las políticas de descolonización, asumiendo mandato político del artículo noveno de la misma Constitución.

Esta misma jurisdicción está en pie de igualdad con la jurisdicción ordinaria, ciertamente es algo que merece la atención de académicos, hacedores de leyes y diseñadores de políticas públicas.

Es la concreción de la pluralidad y el pluralismo como estrategia de pensamiento y materialización legal.

Pluralidad, porque es el saber propio de los “indígena originarios campesinos”, saber que proviene de matrices coloniales, de saberes anteriores a la conquista, de ordenes en el conocimiento que privilegia lo colectivo y esto mismo es el origen de la individualidad.

Pluralismo, porque es el saber de los *no indígenas*, pero que ven y sienten la diversidad, la exuberancia de las diferencias culturales, y la convier-

39 Cfr., Bartolomé Clavero, *Ecuador y Bolivia: Nuevas constituciones y Derecho Internacional de Derechos Indígenas*. Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, Internet, [www.clavero@us.es](mailto:www.clavero@us.es). Acceso: abril 2009.

ten en parte de sus reflexiones científicas, y políticas públicas, o desarrollo legal. Es un saber que, pensado desde el igualitarismo, es generoso en sus proposiciones generales, aunque en ocasiones equivoco en sus aplicaciones particulares.

### III. La jurisdicción “indígena originaria campesina”<sup>40</sup>: las ventajas de mirar la realidad y no morir en el intento

Mirar la realidad, equivale aquí a *constitucionalizar la realidad*. Es cuestión de método, o más bien *en defensa del método*, tal como lo plantearía René Zavaleta, en ocasión de presentar las hipótesis de su trabajo ya conocido: “Lo nacional popular en Bolivia”. Efectivamente, si algo se hizo en el primer tramo del proceso constituyente boliviano, es partir de la realidad, sintiendo sus urgencias, haciendo de esas urgencias los mensajes de transformación programática por vía constitucional.

En el presente acápite hacemos un recorrido por el horizonte colonial o el pluralismo jurídico propio del conquistador, no presentamos por razones de espacio los datos dejados por Waman Puma de Ayala, pues ya lo hicimos en otro lugar<sup>41</sup>.

40 Para evitarnos discusiones bizantinas, sobre este *chorizo de denominación*, como lo sugiere Xavier Albó, y parar en seco tal afirmación sin sentido, nos remitiremos a un estudio realizado por las Naciones Unidas donde se contiene la siguiente definición: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios. Se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”. (Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Doc., ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párr. 379 [1986]) citado por James Anaya en *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005, p. 24.

41 Para ver la referencia directa, *El primer coronica y buen gobierno*, por Felipe Guamán Poma de Ayala (1612). Edición crítica de John V. Murra y Rolena Adorno, Siglo XXI, México, 1988.

### 3.1. Jurisdicción indígena (I): una mirada al horizonte colonial

Un déficit en los estudios sobre la justicia indígena, ha sido precisamente la revisión del horizonte colonial, vale decir del *momento de hibridación* entre un modelo de justicia precolonial [el ejercido durante el Tawantinsuyu] y la imposición del modelo español, este proceso dio como resultado a la *Recopilación de las Leyes de Indias*.

¿Cómo hicieron los españoles de la invasión temprana para contar con información sobre lo prohibido, su sanción y los mecanismos de averiguación con que contaban los indígenas?

Tal pregunta solo puede responderse de una manera: por medio de las informaciones de los cronistas españoles y no españoles, los cronistas eran una especie de historiadores que acompañaban a los conquistadores y detallaban día a día los hechos de la conquista, a su vez registraban todo lo que concernía a los intereses de la Corona.

Muchos de estos cronistas, dejaron un legado importante sobre las formas de vida cotidiana de los colonizados, sobre la historia de sus elites y sobre las formas de su justicia.

En el presente acápite recorreremos crónicas donde se detalla, las acciones prohibidas o pecaminosas, que agravian a la ley del dios Sol o Inca.

Vemos también como la legislación colonial recoge la legislación del inca y la acoge en sus ordenanzas constituyéndose así las formas primigenias de lo que hoy denominamos de modo equívoco como “justicia comunitaria”.

Naturalmente, al no ser nuestro oficio el de historiadores del periodo colonial, la interpretación se la dejamos al lector, no sin recomendar, que no siempre es fácil comprender el pasado con los lentes del presente.

#### 3.1.1. Quipus legislativos

Sin duda, las fuentes de los cronistas fueron la elite ilustrada del imperio inca, conocidos como *Quipucamayoc*, quienes por medio de la lectura de los *quipus* dieron a conocer a los “cronistas” las modalidades de la justicia del inca.

Los *quipus* no sólo eran un mecanismo de control numérico, sino también la forma mediante la cual la nemotecnia se expresaba en toda su nitidez y fuerza.

Dejemos que sean los mismos cronistas quienes nos indican las funciones de los quipus:

La existencia de Quipus legales viene de tres fuentes de la época, Polo de Ondegardo, el Padre José de Acosta, y el mismo Pedro Cieza de León.

### Polo de Ondegardo

En aquella ciudad —dice refiriéndose al Cuzco— se hallaron muchos oficiales antiguos del Inga así de religión como del gobierno y otra cosa que no pudiera creer sino la viera, que por hilos y nudos se hallan figuradas las leyes y estatutos, así de lo uno como de lo otro y las sucesiones de los reyes y tiempo que gobernaron y hallose que todo lo que esto tenía a su cargo no fue poco y aún tuvo alguna claridad de los estatutos que en tiempo de cada uno se había puesto (Porras, 1963: 121-122).

### Padre José de Acosta

son quipus unos memoriales o registros hechos de ramales en que diversos nudos o diversos colores significan diversas cosas. Es increíble lo que en este modo alcanzaron porque cuando los libros pueden decir, de historia, leyes, y ceremonias y cuantas de negocio todo eso suplen los quipus tan admiran (...) porque para diversos géneros, como la guerra de gobierno de tributo, de ceremonia, de tierras había diversos quipus y ramales; y en cada manejo de estos tantos nudos, nudicos e hilillos atados unos colorados, otros verdes, otros azules, otros blancos y finalmente tantas diferencias que así como nosotros de veinticuatro letras guiándolas de diferentes maneras, sacamos tanta infinidad de vocablos, así estos de sus nudos y colores sacaban innumerables significaciones de cosas (Porras, 1963: 123).

### Pedro Cieza de León:

los orejones antiguamente, se mandava por todos los pueblos y provincias de reyno de perú que los señores principales y sus delegados supiesen cada año todos los hombres y mujeres que avian nacido... mandaba asentar en los quipos por la cuenta de sus nudos (...) y en esto avia gran verdad y sertidumbre

sin en nada aver fraude y engaño. Y entendido esto sabía el señor y los gobernadores los indios que destos eran proves y las mujeres que eran viudas y otras muchas cosas.

Como se habrá notado, puede deducirse que existían una especie de quipus legislativos, donde se registraba las leyes que tenían en el Tawantinsuyo, fue a partir de este registro detallado y solo conocido por los quipucamayocs, que los cronistas pudieron acceder a un conocimiento que luego fue parte de las idolatrías exterminadas en el tiempo del genocidio primero.

Entonces cronistas y quipucamayocs, constituyen el soporte por el cual se puede acceder a una idea más completa de la justicia de ayer que todavía podemos ver hoy, no en su integridad sino en su versión más contemporánea, más propia de los tiempos que corren.

Vayamos pues por los retazos escritos que nos dejaron los cronistas y recordemos los informes etnográficos contemporáneos, recordemos a su vez que estas piezas arqueológicas dejadas por los cronistas constituyen en sí, la justicia del Inca.

### **3.2. Juan de Betanzos (1551) acciones prohibidas por el Inca quien**

Ordenó y mandó que si alguno fuese tomado hurtado en tierras do al maíz estuviere verde o seco que el tal fuese desnudo en cueros ansi hombre como mujer la cual ropa llevase el que ansi le tomase hurtando mandando que cada uno tuviese sus guardas en las tierras.

Ordenó y mandó que si alguno hurtase a otro cualquier cosa que fuese poca que mucha cantidad que el tal ladrón fuese gravemente atormentado y a su dueño de la tal cosa hurtada le fuese vuelta la tal cosa con el doble y si no tuviese el ladrón con que lo pagar ni tuviese por ello que fuese dado el tal ladrón al señor cuya la cosa era por perpetuo servidor suyo y no por esclavo porque entre ellos no se usaba tener esclavos con que tratasen y contratasen si no servidores perpetuos ellos y los descendientes destos tales lo eran de los hijos de los tales señores a los cuales les mandó y averiguándose ser mentira que no le hubiese hurtado que por la tal mácula que le hubiese puesto haciéndole ladrón no lo siendo que el tal que ansi le hubiere informado al sin culpa diese dos tanto que la cosa que la pedía que la había hurtado valiese y que si no tuviese

otro tanto que le pagar el infamador al infamado que el tal infamado entrase en la casa del infamador y lo tomase todo lo que se hallare públicamente y que allí le hiciese desdecir delante de todos de lo que así le había levantado y que le hiciese allí delante de todos un sacrificio con lo cual fuese restituido en su honra.

Ordenó e mandó que si alguno levantase a otro testimonio y que por el tal testimonio viniese infamia al que así era levantado que probándose ser mentira este tal testimonio que al que tal testimonio levantase muriese por ello.

Ordenó e mandó que quien dijese mentira al Ingá en cualquier cosa que con él hablase o nueva que le trujese que muriese por eso.

Ordenó y mandó que la mujer que se hallase que hubiese sido adúltera casada o mamacoma como se le probase muriese apedreada de todos fuera de la ciudad en cierto sitio que para ello señaló que era en la junta de los dos arroyos que van por la ciudad del Cuzco y como no se le probase que el que tal testimonio levantase muriese por ello en el mismo lugar e de la tal muerte que la tal había de morir.

### 3.3. Pedro Cieza de León (1553) acciones prohibidas

Como la cibdad del Cuzco era lo más principal de todo el Perú y en ella residían lo más del tiempo los reyes, tenían en la misma cibdad muchos de los principales del pueblo, que eran entre todos los más avisados y entendidos, para sus consejeros; porque todos afirman que antes que yntentasen cosa ninguna de ynportancia, lo comunicavan con estos tales, allegando su parecer a los más botos; y para la gobernación de la cibdad y que los caminos estuviesen seguros y por ninguna parte se hiziesen ningunos e ynsultos ni latrocinios, de los más reposados éstos nonbravan para que sienpre anduviesen castigando a los que fuesen malos y para esto andavan sienpre mucho por todas partes. De tal manera entendían los Yngas en prove[e]r justicia que ninguno osava hazer desaguizado ni hurto. Esto se entiende quanto a lo tocante a los que andavan hechos ladrones o forcavan mugeres o conjuravan contra los reyes, porque en lo demás, muchas provincias ovo que tuvieron sus guerras unos con otros y del todo no pudieron los Yngas apartallos dellas.

En el río que corre junto al Cuzco se hacía la justicia de los que allí se prendían o de otra parte trayan presos, adonde les cortavan las cabezas y les davan muertes de otras maneras, como a ellos le agradava. Los motines y conjuracio-

nes castigavan mucho y más que todo los que eran traydores y tenidos ya por tales, los hijos de mugeres de los quales eran aviltados y tenidos por afrentados entre los mismos.

En cosas naturales alcanzaron mucho estos yndios, así en el movimiento del sol como en el de la luna; y algunos yndios dezían que avía cuatro cielos grandes y todos afirman quel aciento y silla del gran Dios Hacedor del mundo es en los cielos. Preguntándoles yo muchas vezes si alcanzan quel mundo se a de acabar, se reyen y sobre esto saben poco: y si algo saben, es lo que Dios permite quel Demonio les diga. A todo el mundo llaman “Pacha” conociendo la buelta quel sol haze y las crecientes y las menguantes de la luna. Contaron el año por ello, al cual llaman “guata” y los hazen de doze lunas, teniendo su cuenta en ello. Y usaron de unas torrezillas pequeñas, que oy día están muchas por los collados del Cuzco algo ahuzadas para por la sonbra que sol hazía en ellas entender en las sementeras en lo que ellos más sobre esto entienden. Y estos Yngas miravan mucho en el cielo y en las señales dél, lo qual también pendía de ser ellos todos tan grandes agoreros. Quando las estrellas corren, grande es la grita que hazen y el mormullo que unos con otros tienen.

### 3.4. **Fernando Santillán (1563) procedimientos de averiguación**

Para averiguar cualquier debate ó delito que se imponía á alguna era, ponerle en presencia del juez á él y á todos los que podían ser testigos, en aquella causa, y allí le convencían sin que pudiese negarlo, ó parecia su inocencia, y si el tal indio era mal inclinado y de mal vivir dabanle tormento; y si confesaba, era castigado, y si no, en cometiendo otro delito, quedaba convencido en todos y era sentenciado á muerte, siendo en casos graves, ó hurto, ó fuerza; y una de las principales causas porque los indios alababan la gobernación del inga, y áun los españoles que algo alcanzan della, es porque todas las cosas **susodichas** se determinaban sin hacerle costas (Santillan, 1979: 30).

### 3.5. **Cronista anónimo (1593) acciones prohibidas y procedimientos de averiguación**

La manera de confesarse era junto á un río, y el confesor cogía con la mano un gran manejo de heno ó esparto y lo tenía en la mano derecha, y en la iz-

quierda una piedra pequeña dura atada a un cordel ó encajada en el hueco hechizo de algun palo manual, y sentado, llamaba al penitente, el cual venia temblando y se postraba ante él de pechos, y el confesor le mandab levantarse y sentarse; exhortábalo a que dijese verdad y no escondiese nada, porque él como adivino ya sabia poco mas o menos lo que podia haber hecho. Con esto no osaba el penitente esconder cosa. La confesión habia de ser auricular secreta, y el ichuri o confesor guardaba el secreto natural grandemente, por que si se le probase que habia descubierto pecados que alguno que hubiese sido su penitente y los habia oido en confesión, moria por ello sin remedio (Anónimo, 1979: 165-166).

“Intención de hacer algun motín, ó mostrar algún deseo de pecar con alguna virgen ó casada ó mujer comun... ó alguna dama de la reina... ñusta... tambien declaraban los deseos é intenciones de hurtar. Y asi, lo que dicen algunos que no declaraban los pecados interiores. Acabado de decir el penitente, si via el confesor que habia descubierto todo su pecho no curaba de sacarle más sino que le exortaba á la enmienda ala adoración de sus dioses, y a la obediencia del gran Vilahoma ó del inga... pobre ó rico, una misma penitencia le daba conforme á los pecados que habia oido (Anónimo, 1979; 167).

### [Ordenanzas]

Que en el comer sean moderados y templados, y mucho más en el beber, y si alguno se embriagase de manera que pierda el juicio, que sea por la primera vez conforme al juez pareciere, y por la segunda, desterrados, y por la tercera, privados de sus oficios, si son magistrados, y echados a las minas. Esta ley se guardó á los principios con rigor... despues se relajó la ejecucion los ministros de justicia eran los primeros que más bebían, no habia castigo; porque los amautas, eran como letrados y sabios dellos, interpretaban las leyes... entre cenca, que es encalabriarse y calentarse, y hatun machay, que es embriagarse hasta perder el juicio.

Todo género de homicidio que se hiciese fuera de guerra, sea punido y castigado con pena de muerte natural, en esta forma: quien mata a su padre ó madre, que muera y sea hecho cuartos; lo mismo si matare á sus abuelos ó hijos; quien matare algún niño ó niña, muera despeñado ó apedreado... quien á otro particular del pueblo, que muera ahorcado.



Quien mata á algun ministro del rey, conociendo que era tal, ó á algun ministro de los dioses; ó á alguna virgen aclla, que muera arrastrado o asaetado. Quien matase á su mujer por odio, sin culpa della, ó sin saber que tenia culpa de adulterio, que muera ahorcado y hecho cuartos; lo mismo la mujer si matare á su marido.

Quien matare á su mujer hallándola en adulterio, que sea desterrado por un cierto tiempo. Lo mismo si matare al adúltero con quien adulteró su mujer, pero que el tiempo del destierro o pase de un año.

Quien fuere causa de que alguna mujer preñada de tres meses para arriba, muera o malpara, dándole hierbas ó golpes, ó de cualquier manera, que muera ahorcado ó apedreado.

Quien matare al rey ó reina ó príncipe heredero, muera arrastrado ó asaetado y sea hecho cuartos, su casa derrumbada y hecha muladar; sus hijos sean perpetuamente bajos, de vil condición y (n)o puedan tener cargo ninguno honroso en el pueblo ni en la guerra, y todo esto hasta la cuarta generación. Y lo mismo los traidores;... se arrepintiesen y pidieren perdon y se metiesen debajo del estandarte del inga, vuelva en su gracia real y no parezca nada de los dicho.

El adúltero y la adúltera sean castigados con pena de muerte; y el marido, si hallare á su mujer en tal delito, denuncie luego, para que se le cumpla de justa venganza; lo mismo la mujer (...) denuncie dellos, para que mueran.

Quien forzare doncella y la deshonnare, que muera apedreado. Y si ella quisiera casarse (sic) con él, que no muera, sino que se case luego. Quien forzare casada, que muera ahorcado. Quien cometiere estupro con alguna doncella consintiendo ella, que sean azotadoa y trasquilados y puestos á la vergüenza, y el sea desterrado y conducido á las minas, y ella á guardar algun templo; y si quisieren casarse, sean solamente azotados y se casen luego; más si el casado y tiene hijo y mujer sirvan á la comunidad y ella á algun templo ó á las acllas.

Quien tuviere cuenta con su propia hija, que mueran entre ambos despenñados (...) pero si fue forzada y violada, que muera el padre, y ella sea puesta para que sirva siempre á las acllas; y si alguno la pidiese por mujer, que se case.

Los incestos con los tios y sobrinos, ó con primos y primas en segundo grado, ó afines en primer grado sean ambos castigados con pena de muerte de horca ó apedreados.

Quien cometiere el pecado de sodomía, que muera arrastrado y ahorcado, y luego sea quemado con todos sus vestidos, y los mismo si se juntare con alguna bestia.

Si los grandes señores cometieren algunos destes delictos, por donde merecieren morir, que los gobernadores y consejos hagan la veriguación y información, y la sentencia quédese para el rey, y cuando los tales murieren por su delicto, sean degollados en la plaza o donde el rey pareciere; y si fuesen señoras ilustres ó sus hijas, merecieren morir, sean degolladas dentro la cárcel.

Quien fuese alcahuete para que se cometan estupro ó incestos (...) que muera por ellos ahorcado. Y lo mismo la hechiceria que diere hierbas para que se amen y se junten. Quien fuere alcahuete de adulterios que esté en la cárcel perpétua, ó sea condenado á minas ó á las tierras o partes de la comunidad.

Quien hurtare cosa de comer ó de vestir, ó plata ó oro, sea examinado si hurto forzado de la necesidad y pobreza y si se hallare que si, no sea el tal ladrón castigado sino que tiene el cargo de proveedor, con privación de oficio porque no tuvo cuidado... y désele al tal ladrón lo que hubiere menester de ropa y comida y tierras y casa que si dende adelante hurtare, que hade morir. Si se averiguase que hurtó de vicio ó por ser haragan y ocioso, que muera ahorcado, y si fuese hijo de señor, muera degollado en la cárcel.

### 3.6. Relación anónima (ordenanzas)

1ro: “Que todos los subiectiones al imperio de los ingas hablen una misma lengua general, y esta sea la quichua del Cuzco, y la depriendan por lo menos,... los que han de gobernar ó administrar justicia.

2do: Que en todos los pueblos haya de todo a oficios y oficiales y maestros..., aquí tejedores de lana, ahí de algodón, acullá plateros... canteros..

3ro: Que para el tiempo de barbechar, sembrar, segar (...) regar las tierras, así comunes como de particulares, nadie se excuse, sino que salga con su arado, y que desde el rey hasta el más bajo ciudadano se ocupe de la labranza... a sus tiempos..

4to: Que se miren las tierras para qué planta ó semilla tienen más virtud, y no se siembre allí más de aquella semilla ó planta (...) desta manera en todo lo demás.

5to: Que se conozcan las inclinaciones y habilidades de los mochos, y conforme a ella (sic) sea empleados, cuando llegasen á edad madura (...) á la

guerra y mostraren valor, se hagan soldados... aunque lo más común y ordinario sea que cada uno siga el oficio de su padre.

6to: Que en todas las provincias haya uno o más depósitos y alhóndigas, donde se guarde todo el bastimento necesario... para tiempo de hambre, de esterilidad, de guerras, para dar a cojos, ciegos, tullidos, ciudad y huérfanos, y que de esto no pueda aprovecharse el rey ni los señores.

7mo: Que hubiese depósito de ganado de la tierra, que sirviese, lo primero, para los sacrificios; lo segundo, para las necesidades de la república, lo tercero, para socorrer á los pobres, lisiados y viudas y huérfanos.

8vo: Que en cada pueblo se dividan las tierras, a cada vecino cierta medida, y a los propios y comunidades tanta, y que estas comunidades no se pueda meter el rey ni los señores y si se metiere el rey por alguna causa justa, sea para bien de tal provincia, acabada la necesidad vuelva la comunidad á sus juro propios.

9no: Que cada uno se vista y adorne conforme a la cualidad que tiene, el plebeyo como plebeyo y el noble como noble, y que ninguno se vista del género de ropa y tarje y labor que se visten los reyes, sino fuese hijo ó hija ó pariente del rey, ó... particular privilegio para ello.

10mo: Que en el comer sean moderados y templados, y mucho más en el beber, y si alguno se embriagase de manera que pierda el juicio, que sea por la primera vez conforme al juez pareciere, y por la segunda desterrados, y por la tercera, privadas de sus oficios, si son magistrados, y echados a las minas. Esta ley se guardo a los principios con rigor... después se relajó la ejecución... los ministros de la justicia eran los primeros que más bebían... no había castigo; porque los amautas, eran como letrados, y sabios dellos, interpretaban las leyes...entre cenca, que es encalabriarse y calentarse, y hatun machay, que es embriagarse hasta perder el juicio..

11ro: "Todo género de homicidio que se hiciere fuera de guerra, sea punido y castigado con pena de muerte natural, en esta forma: quien mata a su padre ó a su madre, que muera y sea hecho cuartos, lo mismo si matare á sus abuelos ó hijos, quien mataré algún niño ó niña, muera despeñado ó apedreado... quien á otro particular del pueblo, que muera ahorcado".

12ro: Quien mata á algún ministro del rey, conociendo que era tal, ó algún ministro de los dioses: ó á alguna virgen aclla que muera arrastrado y asaeteado. Quien matase a su mujer por odio, sin culpa della, ó sin saber que tenía culpa

de adulterio, que muera ahorcado y hecho cuartos, lo mismo la mujer si mataré a su marido.

13ro: Quien mataré a su mujer hallándola en adulterio, que sea desterrado por cierto tiempo, lo mismo si matare al adúltero con quien adulteró su mujer, pero que el tiempo del destierro no pase un año.

14to: Quien fuere causa de que alguna mujer preñada de tres meses para arriba, muera ó malpara, dándole hierbas ó golpes, ó de cualquier manera. que muera ahorcado ó apedreado.

15to: Quien mataré al rey ó reinas ó príncipe heredero, muera arrastrado a asaeteado y sea hecho cuartos, su casa derrumbada y hecha muladar, sus hijos sean perpetuamente bajos, de vil condición y (n)o puedan tener cargo ninguno honroso en el pueblo ni en la guerra, y todo esto hasta la cuarta generación. Y lo mismo los traidores;... se arrepintiesen y pidieren perdón y se metiesen debajo del estandarte del inga, vuelva en su gracia real y no padezca nada de lo dicho.

16to: El adúltero y la adúltera sean castigados con pena de muerte; y el marido si hallare a su mujer en tal delito, denuncie luego, para que se le cumpla la justa venganza; lo mismo la mujer denuncie dellos, para que mueran.

17mo: Quien forzare doncella y la deshonnare, que muera apedreado y si ella quisiera casarse (sic) con él, que no muera si no que se case luego. Quien forzare casada, que muera ahorcado. Quien cometiere estupro con alguna doncella consintiendo ella, que sean azotados y trasquilados y puestos a la vergüenza y él sea desterrado y conducido á las minas, y ella á guardar algún templo; y si quisieron casarse, sean solamente azotados y se casen luego, más si el casado y tiene hijo y mujer sirvan a la comunidad y ella á algún templo ó a las minas.

18vo: Quien tuviese cuenta con su propia hija, que mueran entrambos despeñados... pero si fue forzada y violada, que muera el padre, y ella sea puesta para que sirva... siempre a las acllas y si alguno le pidiere por mujer, que se case.

19no: “Los incestos con los tíos y sobrinos, ó con primos y primas en segundo grado, ó afines en primer grado, sean ambos castigados con pena de muerte de horco ó apedreados...”.

20mo: Quien cometiere el pecado de sodomía, que muera arrastrado y ahorcado y luego sea quemado con todos sus vestidos, y lo mismo si juntare con alguna bestia.

21ro: Si los grandes señores cometieren algunos destos delitos, por donde merecieren morir, que los gobernadores y consejos hagan la averiguación y información, y la sentencia quedese para el rey, y cuando los tales murieren por su delicto, sean degollados en las plazas ó donde el rey pareciere, y si fuesen señoras ilustres ó sus hijas, y merecieren morir, sean degollados dentro la cárcel.

22do: “Quien fuese alcahuete para que cometan estupro ó incestos... que muera por ellos ahorcado. Y lo mismo la hechicera que diere hierbas para que e amen y se junten. Quien fuere alcahuete de adulterios que éste en la cárcel perpetua, ó sea condenado á minas ó a las tierras ó partes de la comunidad.

23ro: Quien hurtare cosa de comer ó de vestir. ó plata ó oro, sea examinado si hurtó forzado de la necesidad y pobreza, y si hallare que sí, no sea el tal ladrón castigado, sino que el tiene el cargo de proveedor, con privación de oficio porque no tuvo cuidado... y désele al tal ladrón lo que hubiere menester de ropa y comida y tierras y casa... que si dende adelante hurtare, que ha de morir. Si se averiguase que hurtó por vicio ó por haragán y ocioso, muera ahorcado, y si fuese hijo de señor, muera degollado en la cárcel.

24to: Haya en cada pueblo un juez contra los ociosos y haraganes, que los castigue y haga trabajar (Anónimo: 1879, 198-205).

### 3.7. **Recopilación de las Leyes de Indias o el pluralismo jurídico colonial**

Como se puede advertir, el proceso de hibridación de la ley del inca con la ley de la corona, es un proceso que duro, al menos un siglo.

Conviene destacar que después de un largo forcejeo entre los intelectuales de la Corona, hubo fuerte tensión, pues la dispersión de ordenanzas favorecía al incumplimiento de las mismas, eso que hoy llamamos fetichismo normativo, ya lo tenemos en el siglo XVI, por ello es que la Corona ordena elaborar una Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, este proceso culminó en 1680. En lo que respecta a nuestra indagación baste con ver las siguientes disposiciones:

La ley IV-T. I-L. II “Ordenamos y Mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos y que no

se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado se guarden y ejecuten.

Ley V. Deseando la conservación y acrecentamiento de nuestra Indias y conversión de los naturales de ellas a nuestra Fe Católica y para su buen tratamiento hemos mandado juntar en esta recopilación todo lo que esta ordenado y dispuesto en favor de los Indios y añadir todo lo que ha parecido necesario y conveniente. Y porque nuestra voluntad es que se guarde y particularmente las leyes que fueran en favor de los indios. inviolablemente: manda ejecutar dichas leyes aun en el caso de apelación de las mismas.

Ley XXII-T. I.L.V. Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y la forma de vivir de los indios, policía y disposición de los mantenimientos y avisen a los virreyes y audiencias y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueran contra nuestra sagrada religión, como esta ordenado por la Ley IV-T. I-I.II.

Como puede advertirse, ya tempranamente, el proceso de conquista construye un universo normativo adecuado a los intereses coloniales, pero a su vez un ejemplo extraordinario de pluralismo jurídico en el siglo XVI.

El investigador peruano Atilio Svirichi nos añade que el derecho indígena pudo subsistir gracias a:

1º La famosa carta de Isabel la Católica al gobernador de la Española, declarando a los Indios “Vasallos libres de la Corona de Castilla.

2º La cláusula del testamento de la misma Soberana en que declara que no se consiente ni se de lugar a que: “los indios y moradores de las dichas islas y tierra firme ganadas y por ganar reciban agravio alguno en sus personas y bienes debiendo ser justamente tratados y los agravios remediados los agravios recibidos. (...) mandamos a los virreyes, presidentes, audiencias, gobernadores y justicias reales y encargamos a los obispos y prelados eclesiásticos que tengan esta cláusula muy presente y guarden lo dispuesto por las leyes que en orden a la conversión de los naturales y a su cristiana y católica doctrina enseñanza y buen tratamiento estén dadas.

3º La Bula “Veritas ipsa” expedida por el Pontífice Paulo III (1537) que declaro a los indios seres racionales en los términos siguientes: “Algunos ministros deseosos de satisfacer codicias y deseos afirman continuamente que los

indios de las partes occidentales y los del mediodía, y las demás gentes que en nuestros tiempos han llegado a nuestra noticia, han de ser tratados y reducidos a nuestro servicio como animales brutos, a título de que son inhábiles para la fe católica (...) Queriendo proveer en estas cosas remedio conveniente (...) determinamos y declaramos que los dichos indios y todas las demás gentes que de aquí en adelante a noticia de los cristianos, aunque estén fuera de la Fe de Cristo, no están privados, ni deben serlo, de su libertad, ni del dominio de sus bienes y que no deben ser reducidos a servidumbre.

4º Las Leyes de Indias que se dictaron reconociendo la capacidad jurídica de los indios y otorgándoles la libertad como Vasallos de la Corona de España<sup>42</sup>.

Por su parte otro investigador peruano, Jorge Basadre, nos señala que las costumbres indígenas permanecieron bajo el dominio colonial en tres formas:

1. La influencia en la mita y el tributo.
2. La facultad real de la validez de la costumbre indígena en todo lo que no fuera contra la religión o la ley.
3. La validez del derecho “indio” aún contra la legislación colonial pero no en contra de la religión en instituciones tales como la propiedad o el derecho de sucesiones en materia de familia, propiedad sobre la tierra, o propiedad individual, etc.<sup>43</sup>

Tal estado de situación es lo que hoy conocemos como *tregua pactada o pacto de reciprocidad*, la vigencia de las *Repúblicas de Indios y Repúblicas de Españoles* establecía una situación de empate gubernativo, donde las autoridades indígenas tenían derechos sino iguales, similares en jerarquía a los de la autoridad colonial, y en el caso de ejercicio judicial éste se expresaba en la primacía de la autoridad indígena por sobre la colonial.

Las Reformas Borbónicas (1765) son con mucho causa fundamental de la quiebra colonial y la reanimación de los derechos políticos indígenas expresados en los levantamientos de 1780-81 en el Bajo y Alto Perú, pero su

42 Cfr., *Derecho Indígena Peruano* de Sivirichi, Atilio, Kuntur, Lima, 1946, p. 79.

43 Cfr., *Basadre, Jorge, Historia del derecho peruano*, citado por Atilio Sivirichi, *op. cit.*, p. 94.

derrota llega como llegan la victoria de los colonizadores: con toda su violencia fáctica y simbólica.

Las reformas borbónicas negaban a las elites indígenas su carácter de gobierno territorial y expresión política de representación ante la Corona, desconocían los datos básicos que suponía la estructura de pueblos de indios y pueblos de españoles, y que en el fondo quebraban duramente un esquema de administración colonial —sino equilibrada—, por lo menos con mecanismos de reconocimiento a la territorialidad y formas gubernativas indígenas<sup>44</sup> a ello se une la presión tributaria que hicieron estallar la insurrección general de 1780-1781.

El cerco a La Paz liderizado por Tupac Katari<sup>45</sup>, la toma militar de Oruro por Jacinto Rodríguez y los indígenas de Paria y Carangas<sup>46</sup>, la crisis del gobierno colonial en Potosí generado por los hermanos Tomas y Damaso Katari<sup>47</sup>, son la expresión movilizadora de una sociedad fracturada en sus cimientos.

Entre 1781 y 1820 la crisis del gobierno colonial se profundiza llegando a extremos insostenibles<sup>48</sup>, los procesos independentistas se dan cada vez con más fuerza, los ejércitos de San Martín y Simón Bolívar concentran —en la primera década del siglo XIX— la fuerza necesaria para consolidar la independencia de las colonias<sup>49</sup>, pero un dato que por lo general pasa desapercibido es que la propia España se encontraba en una crisis galopante que le impedía ver las dimensiones políticas de lo que ocurría en sus “colonias”.

La situación colonial, cuya herencia quedará marcada a sangre y fuego en el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas y en el diseño liberal y republicano iniciado con las guerras de la independencia por toda América La-

44 Carlos Mamani Condori, comunicación personal.

45 Cfr., Choque, Roberto, “Los caciques frente a la rebelión de Tupac Katari en La Paz” en *Historia y Cultura* Nº 19, 1991, Sociedad Boliviana de Historia, La Paz. Así también, véase de María Eugenia del Valle de Siles, *Historia de la Rebelión Indígena de Tupac Katari 1781-1782*, Don Bosco, La Paz, 1990.

46 Cfr., Cajias, Fernando; así también el magnífico trabajo de Marcos Beltrán A., *Capítulos de la Historia Colonial de Oruro*, La República, La Paz, 1925.

47 Cfr., Platt, Tristán, *Estado Tributario y Ayllu Andino*, IEP, Lima, 1982.

48 Cfr. Arnade, Charles, *La dramática insurgencia de Bolivia*, Juventud, La Paz, 1964.

49 Cfr., Arze, René, *La participación popular en la guerra de la independencia de Bolivia*, Quipus, La Paz, 1987.



tina, perdurará a lo largo del siglo XIX, vivirán así extrañados entre sí, unos con visos de adaptación los otros con visos duros de adopción, nacerán las justicias en periodo republicano.

No por resistencia obstinada de las autoridades indígenas y el mundo circundante, sino por obra y gracia de unas elites que miraron lo indio, como lo inferior y se desentendieron de ser nación, para quedar sólo como Estado.

Un Estado precario y sumamente dependiente.

¿Qué papel jugaron las autoridades indígenas en la construcción de un orden jurídico que, contemporáneo con el liberalismo desdibujado y una república señorial altamente patrimonialista, se erigió en la forma principal de resolución de conflictos y construcción de paz social?, es la pregunta que seguramente tendremos que responder con urgencia para contar con una base histórica sólida y no quedarnos en la etnografía y el debate normativo, que por otra parte ya han sufrido un desgaste profundo, a lo largo de los últimos años.

El siglo XIX, por lo mencionado, constituye un escenario propicio para indagar en la inexistencia estatal, persistencia de la autoridad indígena y la consolidación de un orden jurídico igualitario indígena recompuesto y paralelo al orden jurídico estatal, orden jurídico que hoy ha puesto en cuestionamiento la *uninación monocultural* y su sistema jurídico fallido, precario a las urgencias de la realidad. Pero eso es ya parte de otra investigación.

#### IV. Jurisdicción indígena (III): el largo siglo XX

*En el siglo XX la cuestión indígena adquiere notoriedad en el mundo.*

La presentación del Proyecto de Ley de Creación del Patronato Nacional de Indígenas por el Honorable A. Saavedra a fines de los años veinte en Bolivia, el envío del Jefe Deskaheh de la Nación Cayuga en 1923 a la Liga de las Naciones “[P]ara que informara sobre las infracciones perpetradas por el Gobierno canadiense de los tratados que había suscrito con los Cayuga. En 1925 los Maori de Aotearoa (Nueva Zelanda) enviaron a W.T. para que denunciara

el incumplimiento por parte del gobierno de Nueva Zelanda del tratado de Waitangi<sup>50</sup>. Y, a finales de los cuarenta, la presentación por un representante de Bolivia ante la ONU sobre la problemática de la cuestión indígena, habiendo recibido por ello, sendas reprimendas de parte de los delegados de Perú y México<sup>51</sup> son hitos que no se pueden perder de vista.

La revolución del 52 iniciará un proceso de *campesinización forzada* (sindicalización *MNRista*) a la vez que la desaparición paulatina de las Autoridades Originarias, porque éstas constituían una rémora en su proyecto de mestizaje cultural, propio de los planes integracionistas iniciados ya en los veinte por varios países de la región<sup>52</sup>, frente a ello las Autoridades Originarias en un acto de respuesta política mimetizan su legitimidad detrás de un orden representativo aceptado por los mestizos.

En la década de los sesenta los indígenas se encuentra suficientemente organizados y enviaban más delegaciones a la ONU, hasta que en 1972 la ONU designa a Martínez Cobo a elaborar un informe sobre la situación de los pueblos indígenas, informe que entregó a principios de los ochenta, es esta década que los ve reaparecer con toda su fuerza reivindicativa, retomando el camino iniciado al momento mismo de la conquista: *la restitución de los derechos conculcados*.

Esta misma década es una época especialmente particular porque la globalización de la economía recibe como contrapartida la globalización del derecho en la versión no deseada por las transnacionales y es en este preciso lugar donde “acceso a la justicia” y “pluralismo jurídico” adquieren una fuerza política reivindicativa que no puede dejarse de lado en el análisis, se inicia en

50 *Vid.*, “El reto de ejecutar la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” de Victoria Tauli – Corpuz, en *La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Barcelona: Punto y Seguido, alterNativa Intercambio con Pueblos Indígenas, 2008, p. 9.

51 *Cfr.*, Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

52 Instituto Indigenista Interamericano que tendrá a su cargo una acción académica que permitirá “ver”: primero las falencias del sistema de justicia formal en relación a los indígenas tratados por ella, y segundo conformar cuerpos legales que tomen el tratamiento jurídico especial para los indígenas considerados en situación de inferioridad social y minoridad psicológica, un segundo momento se inicia cuando el Instituto Interamericano Indigenista rompe su esquema lineal de desarrollo y se prodiga en pensar la realidad indígena como un lugar donde son los mismos indígenas quienes deciden el sistema de justicia del cual son depositarios.

efecto: “[...] *el surgimiento de una coalición transformativa, transnacional, compuesta por ONG indígenas y no indígenas, que han estado llamando la atención de la opinión pública mundial hacia las violaciones de los derechos históricos de los indígenas*”<sup>53</sup>.

Este hecho, sin embargo es parte *complementaria* de un debate igualmente complejo en el derecho estatal donde el acceso a la justicia se convierte en un poderoso instrumento de las mayorías para cuestionar los efectos del modelo neoliberal al mismo tiempo que la justicia indígena cuestiona en los cimientos la existencia misma del sistema formal de justicia y su núcleo ideológico liberal, dejando así al Poder Judicial y su Sistema de Justicia desnudo ante dos vertientes de cuestionamiento, una enorme población que reclama acceso a la justicia, como promesa incumplida del liberalismo, y otra igualmente enorme población que hace prevalecer su *propia* justicia, como forma de desplazamiento político de un sistema de justicia extraño al cuerpo social indígena.

Un resultado práctico de estos debates lo encontramos en el “Ante Proyecto de Ley Agraria Fundamental” preparado por la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) el año ;1984!, donde se establece que:

Art. 17. Las controversias de naturaleza civil, agraria, como las faltas y delitos originados entre miembros de las comunidades serán resueltas o sancionadas en forma definitiva por los órganos internos de gobierno de la comunidad según sus costumbres, creencias y valores socioculturales. La forma de ejercicio de estas atribuciones será regulada a través de la correspondiente reglamentación. Estas costumbres y tradiciones deberán también ser tomadas en cuenta por los tribunales de justicia ordinarios y especiales cuando se juzguen casos en los que estén involucrados comunarios.

Este artículo precisaba la jurisdicción “extensiva” y “definitiva” de las resoluciones tomadas por las Autoridades Indígenas, Campesinas y Origi-

53 Cfr., Santos de Souza, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, p. 152.

narias, adelantándose media década a las disposiciones del convenio 169 de la OIT:

En 1985 se realiza un evento en la ciudad de La Paz, auspiciado por la Comisión Andina de Juristas donde se sugieren como temas de análisis la tierra/territorio, usos y costumbres y especial referencia a cuestiones penales y estado plurinacional, en efecto:

Sugieren que como posibles temas a ser abordados con [...] enfoque interdisciplinario:

Los Derechos Consuetudinarios, Usos y Costumbres en grupos andinos, amazónicos y de los llanos, énfasis en los derechos referidos a la tierra/ territorio y a cuestiones penales. Descripción y visión prospectiva en torno a la conveniencia / inconveniencia de su codificación, registro, etc.

—Normas sustantivas y procesales del derecho consuetudinario que vienen siendo utilizados por algunos de los aparatos formales del Estado.

—Relación cosmovisiones/derecho: Límites en la aceptación de escalas de valores diferenciadas en torno al proyecto de un Estado Nacional multiétnico y pluralista.

—La administración de Justicia en el mundo andino y amazónico. Se busca analizar y formular propuestas tanto en lo que respecta al funcionamiento real de instancias que pertenecen al aparato del Estado teniendo funciones jurisdiccionales (Juzgados de Paz, por ejemplo) como en lo que se refiere a mecanismos en la propia base (justicia comunal, por ejemplo).

—Percepción campesina sobre la legalidad<sup>54</sup>.

Por la misma época hace su aparición el boletín indianista “Chitakolla” donde se expresan las primeras voces indígenas en la discusión de la formación discursiva del Derecho en países coloniales y a su vez la difusión del avance de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el seno de las Naciones Unidas<sup>55</sup>, el Convenio 169 adquiere resonancia ya desde inicios de los no-

54 Cfr., “Por el Imperio del Derecho”, *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N° 8, agosto de 1985, Seminario “Derecho: Mundo Andino y Amazonía”, La Paz, pp. 16-19.

55 *Chitakolla*, Boletín, N° 46, junio de 1990, La Paz, Tema del mes: “Derechos Indios, Derechos Humanos”, pp. 4-18.

venta pero en especial desde 1992<sup>56</sup>.

En los noventa, el mundo entero entra a un nuevo terreno fascinante de los planteamientos indígenas y con ello a la peligrosidad política de sus propuestas<sup>57</sup>.

En Bolivia los noventa se inauguran con la marcha por el Territorio y la Dignidad (1991) el debate sobre los quinientos años de descubrimiento/conquista/saqueo o invasión (dependiendo del gusto) del Abya Yala (lengua kuna que describe al continente futuro), la misma década ve al katarismo en el poder con Víctor Hugo Cárdenas de vicepresidente, ve también la cúspide del modelo neoliberal, su dominio total y con ello el inicio de su debacle que tiene un punto político preciso: la Reforma Constitucional del 94-95 y la pluriculturalidad constitucional en clave de reconocimiento de la Justicia Indígena aunque en un lenguaje lleno de ambigüedades.

La región no se salva, en 1994 los zapatistas entran en escena y abren un nuevo horizonte: el de las autonomías indígenas en los municipios rebeldes y que hasta hoy tienen el control de la justicia indígena, sedimentando mucho más el debate sobre autonomías jurisdiccionales conseguidas por los Pueblos Indígenas de la Costa Atlántica allá por la Nicaragua de la revolución Sandinista y la Constitución Política de 1985.

En el plano local, tratamiento particular merece el Taller de Historia Oral Andina donde se iniciará un proceso de reflexión multidisciplinaria sobre la pertinencia, resistencia histórica y persistencia de lucha anticolonial en el seno de las Autoridades Originarias y su sentido territorial que son el Ayllu y la Marka, iniciando así el proceso de reconstitución de Ayllus y que

56 En diversos países se realizan publicaciones comentando el citado Convenio, dando pautas de su aplicación o realizando procesos de sensibilización para su ratificación en sus respectivos países, pero también son las mismas organizaciones indígenas quienes exigen a sus profesionales a conocer y explicar este Convenio y llevarlo a las comunidades, en el caso del autor, fue precisamente en ese momento donde ingresa a la discusión indígena y su vivencia práctica, así como sus construcciones políticas.

57 Esto —sin lugar a dudas— ha repercutido en el ámbito constitucional latinoamericano, varios países tienen textos constitucionales cuyos diseños responden —en realidad— al grado de presión política y capacidad de negociación de los propios movimientos indígenas (Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela son casos representativos e ilustrativos porque sus reformas fueron parte de Asambleas Constituyentes). Para mayor profundidad conviene revisar los trabajos de Raquel Irigoyen, Bartolomé Clavero, Silvina Ramírez, Internet, [www.alertanet.org](http://www.alertanet.org).

hoy se conoce como Conamaq proceso además que ha llegado a un punto culminante con la reconstitución de Ayllus en países como Perú o Ecuador, Argentina y Chile, logró principal de un proceso iniciado hace dos décadas en el altiplano de Bolivia, los resultados contemporáneos nos hacen ver que éste es el período de quiebre en un eje discursivo, en prácticas sociales y dominios de saber que hoy adquieren resonancia en diversos ámbitos académicos así como de debate político<sup>58</sup>.

#### 4.1. “Justicia comunitaria”: vida pasión y muerte de un concepto

Poco se ha escrito sobre el concepto “Justicia comunitaria”, vale la pena por ello aclarar que este concepto es el resultado final de un proyecto encarado por el Ministerio de Justicia a inicios del 95 bajo el rótulo de “Proyecto de Reforma Judicial” convenio de crédito 2705-BO del 21 de abril de 1995, del gobierno de Bolivia y la Asociación Internacional de Fomento donde se encararon estudios y propuestas de institucionalización de la Justicia Tradicional o comunitaria<sup>59</sup>.

El autor del concepto, que es el mejor ejemplo de políticas públicas erráticas en Bolivia, fue el conocido intelectual Ramiro Molina quien señalaba:

El gobierno Boliviano, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, llevó a cabo entre 1996 y 1998 el Proyecto Justicia Comunitaria con el objetivo de elaborar un Anteproyecto de Ley para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario vigente en los pueblos indígenas y las comunidades campesinas del país [...] El Proyecto Justicia Comunitaria tuvo dos fases: En la primera fase el Proyecto se abocó a realizar cuatro estudios de caso basados en trabajos

58 La relación de intelectuales aymaras que inician este proceso de desplazamiento práctico y teórico se puede personificar en Carlos Mamani Condori, María Eugenia Choque, Ramón Conde, Juan Félix Arias, Silvia Rivera, sin duda una experiencia de lejos inédita tanto porque rompe el modelo de “investigador - objeto de investigación”, tanto porque en su producción teórica apela al “colonialismo” como categoría central en el análisis de los “campos de saber” y su conversión en *campos de lucha*.

59 *Vid., Justicia Comunitaria: Derecho Consuetudinario* (Vol. 9) Ramiro Molina Rivero, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, La Paz, 1999 p. 6.

de campo en distintas regiones del país, buscando obtener con ellos ilustrar y comprender las prácticas de justicia comunitaria en diferentes contextos socio culturales<sup>60</sup>.

El concepto acuñado pretendía contener elementos que atrapen a la realidad y la describan, por ello el citado autor nos dice de modo explícito:

en nuestros términos “justicia comunitaria (...) tiene la ventaja de remitir no solo a las instituciones y prácticas de resolución de conflictos sino también a los contextos socioculturales que los definen, haciendo referencia fundamentalmente a la especificidad de la organización sociopolítica comunitaria<sup>61</sup>.

Sin embargo este concepto no es definitivo sino que puede ser tomado como punto de partida en la comprensión de la justicia indígena o de sistemas interlegales, en efecto Ramiro Molina nos lo dice con toda claridad: “[L]a justicia comunitaria es un campo de acción específica que deberá ser inicialmente definida, aunque solamente sea como referencia conceptual”<sup>62</sup>.

Sin duda, la mayor concentración del debate estuvo signada por las definiciones que el Ministerio de Justicia y el Comité Nacional de Implementación del Nuevo Código Procesal tuvieron en sus manos, la *vacatio legis* declarada para el Código Procesal Penal tuvo como fin establecer un proceso de difusión y consolidación del NCPP y con ello la difusión de la Justicia Comunitaria como concepto homogenizante<sup>63</sup>.

Las investigaciones de la década de los noventa (Cejis, Casdel, Proade) como parte de consultorías elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las investigaciones publicadas por el mismo ministerio y posteriormente publicadas en diez volúmenes (1998), la investigación realizada por Marcelo Fernández en 1998 y publicada el 2000, los proyectos desarro-

60 *Ibidem*, p. 11.

61 *Ibidem*, p. 36.

62 *Ibidem*, p. 40.

63 Asumiendo, como lo dijimos arriba, la *versión comunitarista neoliberal*.

llados en el contexto de la Red de Participación y Justicia se separan parcialmente o se adhieren a la definición dominante de Justicia Comunitaria, quedando como detalle obvio, que gran parte de las investigaciones caen en la descripción etnográfica, olvidando que las etnografías sin profundidad histórica y apreciación política del presente son solo eso: etnografías y no materiales para el diseño de políticas públicas viables.

Compañeros de las Américas, USAID, el Programa Ciudadanos Trabajando por la Justicia y la Red de Participación y Justicia tuvieron que enfrentar, en gran parte, todo el proceso de capacitación e implementación<sup>64</sup>, en el camino se percataron que la Justicia Comunitaria encuentra su contrapunto más alto con los sucesos de Ayo Ayo donde ésta figura antes benévola y benigna de la justicia en pueblos indígenas adquiere nuevas connotaciones perversas e ilegales que aún hoy perduran, siendo lo de Sica Sica un contrapunto demasiado alto dato que sin embargo ya fue anunciado en un estudio coordinado por Elizabeth Morató<sup>65</sup>.

El Informe de Desarrollo Humano 2004 del PNUD hace especial énfasis en la libertad cultural<sup>66</sup>, donde el Acceso a la Justicia Plural, Justicia Indígena y Derecho Consuetudinario son componentes esenciales en la Construcción de Democracias Multiculturales, dándose por sentado que la aceptación de tradiciones y costumbres no es necesariamente la permisibilidad para dar continuidad a sanciones o costumbres violatorias de los Derechos Humanos, la aceptación o adopción de una memoria histórica, lengua o identidad indígena no es necesariamente una cuestión de culto político para retornar a la tradición.

Como se dice arriba, en todo este proceso poco esfuerzo se hace para cuestionar los soportes epistemológicos del concepto “Justicia Comunitaria”,

64 *Vid., Conociendo el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Red Participación y Justicia, (2ª edición), La Paz, mayo 2004, pp. 83-91.

65 Para la citada autora: “*Los llamados pactos de silencio vinculan a autores con no autores de hechos extremos reñidos con los mandatos de la Constitución Política del Estado, en una complicidad de encubrimiento que también atenta contra toda forma de administración imparcial de justicia*” esta apreciación se adelanta en mucho a lo que ocurrió en Ayo Ayo junio 2003, *Cfr., La Reforma Procesal Penal: Un proceso, varias visiones*, Compañeros de las Américas, La Paz, abril 2004, p. 36.

66 *Cfr., Informe sobre Desarrollo Humano 2004*, PNUD, Mundi Prensa, Madrid, 2004, pp. 57-59.



menos aún de sus soportes materiales, las mismas instituciones encargadas de su proceso de difusión no proponen cuestionamientos al concepto, hasta que el concepto se cae, lo de Ayo Ayo el 2004 y Sica Sica el 2008, ponen en evidencia un malentendido de dimensiones que nos recuerdan al colonialismo más radical sólo comparable a lo dicho y establecido por los penalistas de la primera mitad del siglo XX<sup>67</sup>.

Una excepción es la investigación realizada por René Orellana (2005) que desde la sociología y la antropología del Derecho inicia un abordaje que ayuda en mucho a la clarificación de conceptos estableciendo campos normativos y campos judiciales como escenarios complementarios y de interlegalidad con la normatividad estatal, y que bien pueden servir para ir construyendo conceptualmente aquello que ocurre materialmente, los puentes entre justicia indígena y justicia estatal.

Dicho de otro modo, existen prácticas jurídicas y judiciales indígenas que se conectan directamente con la normatividad y judicialidad estatal, pero éstas dependen del grado de autonomía que las comunidades deciden tener con los órganos representativos del Estado, la conceptualización de “campos”, pone en evidencia que los estudios realizados hasta ahora, pierden de vista las nociones de orden y disciplinamiento que se practican en las comunidades indígenas y que si vemos con atención los datos etnográficos muestran una enorme experiencia histórica así como la capacidad de inventar derecho, y con ello de hacer jurisprudencia, así lo testimonia al menos, la Nueva Constitución Política del Estado.

---

67 En radio Panamericana, las declaraciones de ciudadanos de a pie, llegaban a extremos de señalar a los indígenas de salvajes, primitivos, alcohólicos, inadaptados, incapaces y etc., etc., que conviene recordar para establecer las bases del planteamiento que nos proponemos adelante.

## V. Jurisdicción indígena originaria campesina. Bases de su construcción conceptual

### 5.1. Del constitucionalismo como máscara del colonialismo, a la descolonización constitucional

Si pensamos que la Constitución es sólo esa vieja y conocida definición universitaria, no habremos avanzado en el propósito de inaugurar una nueva *episteme* de lo que es el derecho constitucional y por supuesto el constitucionalismo y su desarrollo normativo.

Aún si nos quedáramos con la definición *Lasalleana: La Constitución es la suma de los factores de poder* (Ferdinand Lasalle, 1860), no haríamos más que esclavizarnos ante un constitucionalismo en desprestigio, en crisis epistemológica.

Ni los soportes liberales clásicos, ni el constitucionalismo keynesiano o el neoliberalismo en su versión transnacionalizada de la constitución para la Unión Europea, pudieron dar respuesta a este agotamiento discursivo y político, sin duda, es un nuevo tiempo.

A estas alturas —pasada la asamblea constituyente—, se tiene certeza de que bajo el manto del constitucionalismo contemporáneo se ha escondido legalmente la reproducción del capital y del capitalismo<sup>68</sup>; de la colonialidad en todas sus formas<sup>69</sup>; la consolidación del patriarcalismo<sup>70</sup>; una tecnología

68 Cfr. Althusser, Louis, *Para leer el Capital*, Siglo XXI, México, 1986.

69 Cfr., Clavero, Bartolomé, *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2006. El mismo autor haciendo referencia al constitucionalismo indigenista nos dice lo siguiente: “*Por América Latina existe ya una larga historia de políticas indigenistas que han resultado tan fallidas desde el punto de vista de los Estados como contraproducentes e incluso lesivas para los indígenas*”. Cfr., *Geografía jurídica de América Latina: Derecho Indígena en Constituciones no Indígenas*, p. 261. Así también de Anne Sophie Berche, Alejandra María García y Alejandro Mantilla, *Los Derechos en Nuestra Propia Voz Pueblos Indígenas y DESC: Una lectura intercultural*, Textos de Aquí y Ahora, Bogotá, 2006. Para una caracterización del colonialismo interno y su funcionamiento jurídico puede verse de González Casanova, Pablo, *Sociología de la Explotación*, Siglo XXI, México, 1969.

70 Cfr., Brown, Wendi & Patricia Williams, *La Crítica de los Derechos*, Universidad de los Andes – Instituto Pensar – Siglo del Hombre, Bogotá, 2003. Para una reflexión sobre el lenguaje masculinizado del Derecho véase: *Módulo Instruccional de Género*, Sucre - La Paz, Ministerio de Desarrollo Sostenible – Viceministerio de la Mujer – Instituto de la Judicatura, 2004. Para una visión del feminismo radical véase de Paredes, Julieta, *Asamblea Feminista*, s/n/t, abril 2005.

de subjetivación del/a ciudadano/a<sup>71</sup>, y; la sociedad disciplinaria en escala planetaria<sup>72</sup>, tomando en cuenta —además—, su enorme poder sobre los imaginarios colectivos contemporáneos<sup>73</sup> y por si fuera poco, vive y se desarrolla entrampado en una “miseria formalista” pernicioso a la creatividad política en nuestras tierras<sup>74</sup>.

Poco se ha escrito sobre la relación entre la “continuidad colonial” y la constitución política. Primero por la escasa información que los “constitucionalistas” bolivianos nos brindan sobre los orígenes de la constitución de 1826, y segundo por el largo silencio histórico de los mismos al explicar las reformas constitucionales y sus soportes políticos. La “constitución” y los “constitucionalistas”, sus teorías lejanas de la realidad, las glosas de una vieja constitución, han sido cómplices por mentir y por callar, por mentirle a la historia verdadera, por callar lo evidente.

La colonialidad del pensamiento constitucional en tierras americanas, es simple de recorrer: la simplicidad estriba en que el constitucionalismo no piensa con cabeza propia, acude a las “vacas sagradas” de las ciencias sociales, en todas sus versiones, neoliberales multiculturalistas, libertarios neoliberales, *ejecutivos del pensamiento*, etcétera. Por su parte los científicos sociales,

71 Beatriz González Stephan, “Economías fundacionales. Diseño del cuerpo ciudadano”, en B. González Stephan (comp.), *Cultura y Tercer Mundo. Nuevas identidades y ciudadanías*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1996. Desde una crítica a la colonialidad. Santiago Castro-Gómez nos señala que “*La función jurídico-política de las constituciones es, precisamente, inventar la ciudadanía, es decir, crear un campo de identidades homogéneas que hicieran viable el proyecto moderno de la gobernabilidad. Cfr., Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro”*”. En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (comp.), CLACSO, 2000, p. 149.

72 Cfr., de Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, 19ª edición, México, 1986. Así también del mismo autor, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, GEDISA, 10ª reimpresión, Barcelona, 2005, o su *Defender la Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

73 Cfr., Nino, Santiago nos señala casi ingenuamente “[...] *el constitucionalismo en su sentido más pleno es un fruto exótico que florece solo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales*”. Véase *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 1. Véase también de Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998.

74 Esta frase la recogemos de Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990, p. 76.

critican ácidamente a los abogados, pero no cuestionan a la Constitución Política del “Estado”, tanto así que la convierten en el escenario preferido de sus batallas académicas.

La descolonización es —precisamente— la construcción contraria de lo que ocurre en la colonialidad, no derrumbando paredes ni pateando puertas, sino comprendiendo su funcionamiento, aprendiendo de sus soportes y sometién-dolo a una profunda crítica social.

Como en el principio, el final cuenta con los mismos actores, unos defendiendo lo individual oligárquico, y los otros tratando de salvar al país de la catástrofe social, unos defendiendo la sociedad de privilegios y otros construyendo a mano una sociedad de iguales, de verdaderamente hermanos.

Sin duda, Bolivia ha iniciado un momento político que no puede comprenderse desde los lentes monoculturales y uninacionales del constitucionalismo liberal, travestido como “moderno”.

Y es que el constitucionalismo tradicional es insuficiente, ha sido históricamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas, no ha tenido la suficiente claridad a la hora de explicar la ruptura con las metrópolis europeas y la continuidad de relaciones típicamente coloniales en sus respectivas sociedades a lo largo y ancho de los siglos XIX, XX y parte del XXI.

Es en este contexto donde conviene detenerse para explicar la Nueva Constitución Política de Bolivia, comencemos por el principio.

#### **Artículo 1.- Nueva Constitución Política de Bolivia**

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

El artículo primero de la Nueva Constitución Política del Estado sintetiza el programa de Estado en este siglo XXI, comprime el nuevo mapa institucional, define la nueva organización territorial, estructura las formas de economía que gozan de protección estatal y, principalmente, define un sistema de estabilidad política que privilegia al ser humano en su dimensión individual y colectiva; género y generacional; cultural y política. Por ello es sumamente importante desglosar este artículo para tener claridad en la carta de navegación que nos dejaron quienes hicieron carne y responsabilidad del mandato popular.

¿Qué es un Estado Plurinacional Comunitario? Es la pregunta que nos hacemos cuando comenzamos a leer la Nueva Constitución Política del Estado y nos tropezamos con el Artículo 1º

Sin duda, responder a esta pregunta parece una tarea demasiado compleja. Pero no es así.

Quién puede negar que Bolivia está conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales en los registros oficiales y particulares de ONG y agencias de cooperación internacional (Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional). Nadie.

Quien puede negar que debido a la inexistencia del Estado en las áreas rurales, sus habitantes (indígenas, originarios o campesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios y efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del periodo precolonial se mezclaron con prácticas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas por la propia visión de los pueblos indígenas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida en común, en colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a un Estado hostil, un Estado eurocéntrico o norteamericanizado.

Alguien conoce que los indígenas, originarios y campesinos estén planeando conformar 36 “mini Estaditos”. Nadie.

De que se trata:

La constitucionalización de la realidad, se da en cuatro escenarios políticos:

- a) *Lo plurinacional*, como la constitucionalización de las formas gubernativas propias de los pueblos indígenas originarios campesinos,

constitucionalización de sus economías, sistemas jurídicos, medicina, educación y reproducción cultural.

- b) *Lo comunitario*, como la constitucionalización de la redistribución de la riqueza social producida en el país, redistribución que tiene como misión construir una sociedad igualitaria y con justicia social: Vivir Bien<sup>75</sup>.
- c) *La Descolonización*, como fin esencial del Estado en Economía, Política y Sociedad.
- d) *La democracia igualitaria*, vista como un paso cualitativamente superior de la democracia participativa, encuentra en la Nueva Constitución Política su correlato legal de primer orden.

Así, constitucionalización de la realidad, redistribución de la riqueza social entre los comunes, la descolonización del Estado y la sociedad y principalmente la construcción de una democracia igualitaria, constituyen los ejes de referencia de la Nueva Constitución Política.

La descolonización no es la receta de un intelectual brillante, sino la síntesis de la resistencia política de los pueblos indígenas, convertida en estrategia de movilización, cuestionamiento al conocimiento dominante con sus prácticas sociales y estatales.

La descolonización es también, una forma táctica en la producción de conocimiento propio; una forma táctica en la forma de pensar y sentir, de hacer gestión pública en lo estatal desde la experiencia organizativa de nuestros movimientos sociales y gobiernos indígenas.

---

75 La tesis principal de lo “comunitario” podría sintetizarse como: “*aquel conjunto de valores, criterios y normas de gestión pública que Sociedad y Gobierno movilizan, institucionalizan y adoptan para crear riqueza y asegurar empleo productivo a toda la fuerza de trabajo disponible generando ingresos de vida digna para eliminar, por este camino, manifestaciones de exclusión, pobreza e indigencia*”. Cfr., Figueroa, Manuel, *La tesis de las tres economías*, Sucre, mimeógrafo.

El constitucionalismo, máscara del colonialismo fue subvertido y fue en la *constituyente* indígena, nacional y popular, como lugar material —donde sucedió lo realmente importante, lo realmente verdadero, aquello que no puede ser ignorado.

## 5.2. **Igualitarismo jurisdiccional en Bolivia: pluralidad y pluralismo en clave constitucional**

Tiempos nuevos, la realidad del proceso constituyente en Bolivia es todavía poco conocida por el continente.

Es en este contexto que Bolivia está viviendo un tiempo político y jurídico emancipatorio del tutelaje doctrinal *anglo-euro-céntrico*, emancipatorio por el desafío de crear derecho desde la realidad y no al revés, donde la cooperación y la coordinación de los saberes y sus prácticas institucionales son materia, no de enfrentamientos, sino el lugar preciso para un *deslinde* de los equívocos permanentes, tal cual lo establece la nueva Constitución política boliviana.

Por ello, el presente documento toca este problema, desde una perspectiva plurinacional, vale decir desde una concepción que deja de lado las “políticas de reconocimiento”, para entrar de lleno en eso que hoy denominamos en Bolivia y Ecuador: *Políticas de descolonización*.

Y descolonización debe entenderse —en lo judicial—, como procesos de coordinación y cooperación entre saberes y prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio estatal, aunque todos con un mismo fin: paz social.

Debe entenderse también como la voluntad inequívoca de los pueblos indígenas de lograr óptimos políticos entre pueblos indígenas y *Estados no indígenas*. El Estado Plurinacional es como lograr una foto completa del país, sin excluidos ni excluidores.

Estos procesos de cooperación y coordinación, requieren de una gran dosis de voluntad democrática entre la autoridad jurisdiccional ordinaria y la autoridad indígena; de mecanismos de apoyo en la solución de conflictividad compleja y altamente sensible; de mecanismos de cooperación en la investigación de la verdad histórica; de la posibilidad de que la prueba pueda ser valorada desde perspectivas múltiples y no unidimensionales; que la resolución en ambos mecanismos sea una resolución efectiva, no solo para las

partes sino para la comunidad en su conjunto, en apego estricto a los Derechos Humanos Individuales y Colectivos.

La *democracia igualitaria*, vista como un paso cualitativamente superior de la democracia participativa, encuentra en la nueva Constitución política su correlato legal de primer orden.

Pero esta democracia igualitaria, sólo es posible mediante mecanismos de descolonización institucionales desde adentro del mismo Estado, *descolonizar el Estado desde el Estado*.

El nuevo derecho que programa la Constitución política encuentra sus raíces en la resistencia indígena y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional, al contrario el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales.

El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo “Plurinacional Comunitario” es el punto de ruptura con la *regulación, domesticamiento y disciplinamiento social* y el punto de partida de la *emancipación y la acción rebelde de individuos y colectividades*.

La igualdad jurisdiccional entre unos y otros, constituye el punto de partida de la descolonización en la Justicia “oficial”, es su lugar de redención con las aspiraciones de paz social... y de relación respetuosa con la madre naturaleza.

Y es un punto de partida, donde la autonomía jurisdiccional indígena como eje previo, está preñada de cooperaciones y coordinaciones que vienen de mandato constituyente y constitucional.

## VI. Conclusiones

El *nuevo derecho* que programa la Constitución política encuentra sus raíces en la resistencia indígena y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional, al contrario el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales. El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo plurinacional comunitario es el punto de ruptura con la regulación social y el punto de partida de la emancipación social.

Es posible señalar con toda certeza que el desarrollo normativo programado en la Constitución parte de una lucha frontal contra la colonialidad del



poder y el saber, contra el capitalismo organizado desde el centro en detrimento de las periferias, contra las relaciones sociales típicamente coloniales en nuestras sociedades.

Lo emancipatorio del desarrollo normativo, debe entenderse entonces, como un “proceso en marcha”, no hay recetas ni libros señeros, no se tiene moldes ni escaparates que oferten los resultados.

De hecho, no se tiene un modelo acabado, estamos en manos de la creatividad, las urgencias de la realidad y la poderosa influencia de la demagogia desparramada sin escrúpulos por los políticos esos que necesitan cinco minutos para propaganda.

Por tendencias de la historia, en materia de desarrollo normativo, tenemos entre manos un gran desafío, ser creativos ante las urgencias de la dignidad del ser humano y las exigencias de sociedades donde los excluidos son siempre los que menos derechos gozan y son indígenas.

*La Ley de Deslinde jurisdiccional en escena*

El principio de reserva legal en materia de *jurisdicción indígena originaria campesina*, utilizado en los acuerdos congresales de octubre de 2008 y con ello viabilizar el Referéndum Dirimitorio y Aprobatorio para enero del 2009, es nomás una de las evidencias de la colonialidad del pensamiento en nuestras elites políticas.

Esta pieza constitucional pasará a la historia, como un ejemplo a no seguir.

Sin duda, podemos decir mucho más, pero lo más importante esta en sintetizar que:

- 1) Hay suficientes evidencias históricas para comprender los horizontes de la colonialidad en el sistema judicial y su insuficiencia para tratar asuntos de indígenas y sus propios asuntos.
- 2) Existe suficiente evidencia histórica para señalar que el pluralismo y la pluralidad no son temas nuevos, vienen ya desde el momento mismo de iniciada la conquista.
- 3) Hoy, y lo afirmamos enfáticamente, la jurisdicción indígena originaria campesina, no es una forma alternativa de resolución de con-

fictos, sino parte componente del Órgano Judicial, con todo lo que ello implica en el respeto de los principios material y formales en el ejercicio de la jurisdicción, principios que además son parte de nuestro bloque de constitucionalidad y del cual, la jurisdicción indígena originaria campesina no puede rehuir.

- 4) Lo que no podemos admitir, es que los legisladores le quieran colocar chalecos de fuerza a la jurisdicción, y aquí hablamos no solo de la indígena originaria campesina, sino de todas las jurisdicciones habidas y por haber. No se puede “medir” la jurisdicción indígena originaria campesina, sin temer por que ocurra lo mismo en las otras jurisdicciones.
- 5) Entonces, cooperación y coordinación son mecanismos para afianzar la *paz social*, y ello solo es posible desde la interculturalidad y el dialogo de saberes.

*Dixit et salvavi animam meam*

## VII. Bibliografía

- Althusser, Louis, *Para leer el Capital*, Siglo XXI, México, 1986.
- Arnade, Charles, *La dramática insurgencia de Bolivia*, Juventud, La Paz, 1964.
- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.
- Arze, René, *La participación popular en la guerra de la independencia de Bolivia*, Quipus, La Paz, 1987.
- Biebesheimer, Christina y Cordovez, Carlos (edit.), *La justicia más allá de nuestras fronteras experiencias de reformas útiles para América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo Washington D.C., 1999.
- Cajias, Fernando, *Capítulos de la historia colonial de Oruro*, La República, La Paz, 1925.
- Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

- \_\_\_\_\_, *El orden de los poderes: historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2006.
- Cordovez, Carlos (edit.), *Justicia un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Banco Interamericano de Desarrollo-INECIP, Washington D.C., 2007.
- Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990.
- Denninger, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- De Shazo, Peter y Vargas, Juan Enrique, *Reforma judicial en América Latina: Resultados*, CSIS Americas Program y Centro de Estudios Judiciales de las Américas, Santiago de Chile-Washington D.C., 2006.
- De Siles, María Eugenia del Valle, *Historia de la Rebelión Indígena de Tupac Katari 1781-1782*, Don Bosco, La Paz, 1990.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, 19ª edición, México, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- \_\_\_\_\_, *La verdad y las formas jurídicas*, GEDISA, 10ª reimpresión, Barcelona, 2005.
- Gonzalez, Jorge Enrique (edit.), *Nación y nacionalismo en América Latina*, CLACSO, Bogotá, 2007.
- González Casanova, Pablo, *Sociología de la Explotación*, Siglo XXI, México, 1969.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- Hammergren, Linn, *Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más*, 2000.
- \_\_\_\_\_, “¿Hemos llegado?: El desarrollo de estrategias empíricas para la reforma judicial”, *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*, No. 23, Caracas, 2002.
- Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires, 2000.
- Molina Rivero, Ramiro, *Justicia Comunitaria: Derecho Consuetudinario* (Vol. 9), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Banco Mundial, La Paz, 1999.
- Morató, Elizabeth, *La Reforma Procesal Penal: un proceso, varias visiones. Compañeros de las Américas*, La Paz, 2004.

- Navarro Solano, Sonia, *Lineamientos de la modernización administrativa del poder judicial: Caso Bolivia*, Proyecto de Reformas Judiciales, Escuela Judicial de Costa Rica, ILANUD, Sucre, s/f.
- Pasará, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta*, UNAM, México D.F., 2004.
- Platt, Tristán, *Estado Tributario y Ayllu Andino*, IEP, Lima, 1982.
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2004*, Mundi Prensa, Madrid, 2004.
- Popkin, Margaret, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa” en *Pautas para la promoción de independencia judicial e imparcialidad*, USAID, Due Process of Law Foundation (DPLF)/Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington D.C, 2002.
- Santos de Souza, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.
- Sivirichi, Atilio, *Derecho indígena peruano*, Kuntur, Lima, 1946.
- Villamor Lucía, Fernando, *La codificación penal en Bolivia*, Popular, La Paz, 1978.

# Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá<sup>1</sup>

Carlos Espinosa Gallegos-Anda\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Estados Unidos. 2.1. Libertad religiosa: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*. 2.2. Funcionalidad y competencias estatales: *Cherokee Nation v. Georgia*. 2.3. Relaciones tributarias: *McClanahan v. Arizona*. 2.4. Jurisdicción Criminal: *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*. 2.5. Sinopsis Jurisprudencial. III. Nueva Zelanda: El Tratado de Waitangi. IV. Canadá. 4.1. Intermediación estatal y responsabilidades subyacentes: *Guerin v. The Queen*. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

---

## I. Introducción

La vinculación “especial” que ha existido entre el Estado y las comunidades indígenas en los diferentes enclaves post-coloniales, se ha traducido a lo largo

---

<sup>1</sup> Para el presente ensayo, el autor realizó una traducción libre de las sentencias analizadas.

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, Coordinador con el Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, Miembro de la Organización de las Naciones Unidas de dicha Universidad, Asesor Jurídico en el Consulado General del Ecuador en Madrid e Investigador en el Proyecto de Reforma al Código Orgánico de Garantías Penales llevado por la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

de la historia como una relación asimétrica de poder, en la cual colonos europeos, impusieron estructuras de poder administrativas, políticas y sociales en perjuicio de los intereses y derechos de los pueblos nativos. Will Kymlicka lo define mejor al expresar que *los pueblos indígenas son a la vez víctimas de la construcción de estados por los colonos Europeos en el Nuevo Mundo*<sup>2</sup>. Mediante arremetidas de legislación y jurisprudencia despótica en los diferentes enclaves coloniales se ha intentado arrebatar los derechos ancestrales de estos pueblos. Desde su inicio el desafío ha sido evidente, los incontables contratiempos sufridos sin embargo, han logrado plasmar un singular vínculo de unión entre los grupos aborígenes.

El presente ensayo recoge las experiencias y transformaciones jurídico-políticas que forjarían los sistemas relacionales entre el Estado y las comunidades indígenas de los Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá. Se han resaltado sentencias sobre diversas materias que cubren aspectos como la libertad religiosa, jurisdicción criminal dentro de las reservas norteamericanas o la competencia estatal para fijar obligaciones tributarias dentro de las mismas.

Entre los diversos casos, Nueva Zelanda ha sido un punto de referencia histórico en la lucha de los pueblos indígenas al reivindicar sus derechos consuetudinarios sobre territorios ancestrales. Las dificultades interpretativas que plagaron los primeros instrumentos legales acordados con el gobierno inglés, serían la base legal que aseguraría a este pueblo un control sin parangón en el mundo colonial sobre sus tierras y derechos. La singular relación del pueblo Maori con el Estado, llegaría a producir una forma de control institucional que aseguraría el desempeño competente de las facultades cedidas al Estado central.

La difícil tarea de reglar las competencias estatales así como sus responsabilidades frente a las tribus ha sido materia de fecunda elaboración en todos aquellos países vástagos de un sistema colonial. En el caso de Canadá esta relación en un inicio se estableció bajo la cesión de determinadas competencias por parte de las comunidades nativas. Los constantes abusos a lo largo de su historia exigirían al poder estatal encarnar un papel protagónico en la

2 Kymlicka, Will, "Derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional", Revista del Instituto de Jurídicas de Puebla (Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla), número 22, 2008, pp. 46-72.

tutela de dichas competencias. Canadá resaltó estas facultades y responsabilidades subyacentes en *Guerin v. The Queen*.

Entre los países que se han seleccionado para resaltar esta dicotomía entre el Estado y las tribus, EEUU sobresale en cierto modo si se considera que de forma casi paradójica el camino que ha intentado fijar para delimitar su relación con las tribus -a pesar de mostrar una clara inclinación paternalista- ha debido adaptarse y evolucionar de ser casi inquisitivo a permitir el desarrollo de determinadas facultades por los pueblos. Los siguientes casos analizan como la injerencia judicial ha debido asumir la responsabilidad de delimitar el desarrollo de dichas facultades.

## II. Estados Unidos

La legislación y jurisprudencia estadounidense sobre las relaciones entre el Estado y los pueblos nativos norteamericanos ha evolucionado mediante diversas modificaciones y adaptaciones interpretativas a lo largo de su historia. Remontándonos a los primeros años de su existencia como nación, la Constitución Política<sup>3</sup> ordenaba al Estado Federal, *regular el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y tribus*<sup>4</sup>.

En términos de efectividad práctica, las disposiciones constitucionales de nada han servido para realmente delimitar un marco operativo adecuado entre el Estado y los diferentes pueblos que se encontraban desperdigados a lo largo de la confederación, la despreocupación legislativa en la materia se ha traducido en una resolución causal y puntual de las controversias surgidas. Mark Savage<sup>5</sup> incluso llegó a afirmar que la limitación es de tal magnitud *que deja al gobierno federal casi imposibilitado para regular cualquier asunto*

3 *Constitución de los Estados Unidos*, Art. 1 Sección 8, 17 septiembre 1787.

4 H. Vinzant, John, *The Supreme Courts Role in American Indian Policy*, LFB Scholrly Publishing LLC, EL Paso, 2009, pp. 35-145.

5 Savage, Mark, " Native Americans and the Constitution: The Original Understanding", *American Indian Law Review*, 1988, 16: 57-116; este autor ha producido un sin número de trabajos analizando la relación del Estado Federal y los pueblos indígenas norteamericanos, para ver más sobre el tema: "The Great Secret About federal Indian Law -Two Hundred Years in Violation of the Constitution- And the Opinion The Supreme Court Should Have Written to Reveal It", *20 New York University Review of Law and Social Change* 343, 1993.

*relacionado con las comunidades nativas.* Los poderes conferidos al legislativo para forjar políticas estatales sobre la materia han sido amplios<sup>6</sup>, por ello no se podría atribuir a restricciones legales como culpables de los vacíos legislativos existentes en la materia. La inactividad legislativa ha sido la culpable de que estas políticas sean definidas a lo largo de los años por órganos intermedios como el judicial que han debido afrontar circunstancias y situaciones que por mandato expreso debieron ser superadas por una previsión legislativa adecuada sobre la materia.

Las políticas estatales que germinaron en los años venideros responderían a la concepción de asimilación<sup>7</sup> –legado colonial– que se intentó imponer sobre los pueblos nativos como instrumento de control. No sería hasta la década de 1930, que la idea de asimilación se reemplazaría por una de revitalización y resurgimiento de las tribus nativas. La aprobación del *Indian Reorganization Act*<sup>8</sup> (IRA) sería un avance importante al reconocer y atribuir a las tribus una mayor capacidad de auto gobierno. Junto a las atribuciones de competencia reconocidas, la misma limitaba el papel del *Office of Indian Affairs*<sup>9</sup>, que hasta ese entonces había desarrollado un manejo lánguido, incompetente e inquisitivo en los asuntos indígenas. La inconformidad pública con las actividades de la mencionada cartera de Estado, lograrían asentar con mayor fuerza las innovaciones plasmadas en la nueva legislación.

6 El Congreso estadounidense bajo mandato constitucional (Art. 1, Sección 8); tiene conferido el poder exclusivo de legislar sobre los asuntos que se refieran a las tribus indígenas en función de la nondelegation doctrine implícita o tácitamente recogida en todas las constituciones; para más referencias sobre el tema ver: "The Phoenix Rises Again: The Nondelegation Doctrine from Constitutional and Policy Perspectives", Symposium, Cardozo Law Review, Vol. 20 No. 3, January 1999.

7 Los procesos de asimilación, reflejan una política estatal de implementar una educación colonial, en la cual quienes están siendo colonizados se acoplen a las tradiciones y costumbres de los colonizadores. Véase Internet, [www.english-e-corner.com/comparativeCulture/core/postcolonialism/frameset/education.htm](http://www.english-e-corner.com/comparativeCulture/core/postcolonialism/frameset/education.htm), Acceso: 5 octubre 2009.

8 Wheeler Howard Act (Indian Reorganization Act.), June 18, 1934, p. 224. U.S. Statutes at Large 48: 984 - 88; el mismo cumple un papel regulatorio a nivel nacional de la facultades otorgadas y reconocidas a los pueblos indígenas.

9 El *Indian Affairs Bureau* es una de las instituciones más antiguas dentro del Departamento del Interior de los Estados Unidos y tiene encomendado el manejo y supervisión de más de 66 millones de hectáreas cedidas en fideicomiso a los Estados Unidos por parte de los pueblos indígenas. Internet, [http://www.doi.gov/bial/about\\_us.html](http://www.doi.gov/bial/about_us.html), 13. Acceso: octubre 2009.



El IRA modificaba las competencias de los pueblos nativos para que éstos pudieran organizarse y regular materia relacionada con su auto gobierno, políticas sociales y demás leyes subsidiarias. La austeridad fiscal que se vivió tras la segunda guerra mundial sería la culpable de que los nuevos conceptos y facultades sean casi inaplicados, postergando aún más el libre desarrollo de estos pueblos.

Sorprendentemente sería Richard Nixon<sup>10</sup> quien impulsaría una de las leyes más progresistas en términos de soberanía indígena, tras un largo debate ante el legislativo y abogando por un cambio rotundo en las políticas estatales (que hasta ese momento presentaban un fuerte carácter paternalista), se logró impulsar que los asuntos indígenas sean resueltos por las propias comunidades. Ante las presiones vividas, el Congreso respondió con la *Self Determination and Education Act*<sup>11</sup>. Los avances legislativos que se vivirían en los años venideros serían de gran importancia, entre ellos se podría destacar por ejemplo el *American Indian Religious Freedom Act (AIRFA)*<sup>12</sup>, en el cual se reconocía de forma expresa el deber del gobierno federal de proteger y preservar las tradiciones y prácticas religiosas de las comunidades indígenas.

El avance legislativo sin embargo, no marcaría el establecimiento de un plan estatal por medio del ejecutivo que conduzca de manera integral la política estadounidense en relación con los pueblos nativos. La falta de acción de ambos poderes, transmutó al poder judicial la resolución de conflictos, éste viéndose enfrentado con los problemas suscitados en las comunidades indígenas estableció por medio de sus fallos los parámetros que de una u otra forma guiaron la política estadounidense por años. Como se analizará a lo largo del ensayo, la resolución de conflictos causales delimitó el entendimiento entre Estado Federal y tribus nativas.

Los avances focalizados y casi embrionarios de legislación sobre la materia atribuirían al paso de los años el deber de exigir a los poderes del Estado dar respuestas más certeras sobre esta cuestión. Por ejemplo, al momento de pre-

10 Trigésimo Séptimo Presidente de los Estados Unidos de América (1969-1974).

11 Indian Self Determination and Education Act, entró en vigor el 4 de enero de 1975; a fondo en Internet, [http://www2.law.cornell.edu/uscode/25usc\\_sec\\_25\\_000000450---000-.html](http://www2.law.cornell.edu/uscode/25usc_sec_25_000000450---000-.html), Acceso: 20 octubre 2009

12 The American Indian Religious Freedom Act, 1978.

sentarse un conflicto sobre materia religiosa, los tribunales focalizaban los procesos únicamente en el desarrollo y protección de la primera enmienda<sup>13</sup>. Esto dejaba de lado cualquier apreciación que se pudiese dedicar a la especialidad existente en relación de fuero, sujeto o materia, todas ellas importantes directrices en otros países al momento de definir las relaciones del Estado con los pueblos nativos. La limitada apreciación de circunstancias de especialidad en cada caso sería el reflejo del escaso esfuerzo por definir bien estas relaciones.

El primer caso a citar marcó un precedente singular en lo que se refiere a la intervención estatal en prácticas religiosas, las apreciaciones sobre las leyes especiales que regían la autonomía indígena servirían para definir la extensión y aplicación de los derechos sobre libertad religiosa en los Estados Unidos. Las pautas de desarrollo de la AIRFA serían puestas a prueba en 1990 en el caso: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*<sup>14</sup>. El papel del Estado como interventor y regulador de la expresión religiosa individual y colectiva fue el núcleo del suscitado caso. La Corte Suprema actuaría como mediador entre los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y el imperio de la ley.

## 2.1. Libertad religiosa: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*

Los hechos fueron los siguientes: a) Alfred Smith y Galen Black fueron despedidos de una empresa dedicada a la rehabilitación de drogo dependientes; b) el despido se produjo tras descubrirse que ambos habían consumido peyote<sup>15</sup> durante un ritual sacramental indígena; c) al solicitar beneficios de desempleo al Estado, les fue negada dicha prestación al considerarse que su despido era procedente al haber llevado a cabo conductas contrarias al buen

13 *Bill of Rights, First Amendment of The United States Constitution*, 1787: la primera enmienda de la constitución de los Estados Unidos limita la autoridad del Congreso de promulgar leyes que establezcan un estado confesional o que limiten el libre ejercicio de la libertad religiosa.

14 *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* 494 U.S. 872 (1990).

15 El uso de peyote en ceremonias religiosas era una parte habitual de los rituales indígenas, entre las tribus que más lo usaban se puede destacar a los Apache y Comanche, para ver más: Omer Call Stewart, *Peyote Religion*, University of Oklahoma Press, 1987, p. 51.

comportamiento en el lugar de trabajo; d) los demandantes por su parte alegaban que era improcedente un despido sustentado en razones que requerían el renunciar a una actividad religiosa; e) Oregón argumentaba que la regulación sobre drogas en el Estado, buscaba evitar el uso de las mismas de forma generalizada, por ende carecía de fundamento el anular una ley aplicable de manera general en beneficio del ejercicio de un derecho individual; f) la Corte Suprema de Oregón falló a favor de los demandantes, al entender que el pago de beneficios de desempleo por parte del Estado era un carga menor al compararla con la situación de precariedad que sería sufrida por los demandantes en caso de no recibirla.

El Estado de Oregón inconforme con la sentencia y tras proceso de apelación<sup>16</sup> ante la Corte Suprema logró revertir el fallo. La Corte declararía: *para existir una causa que justifique al gobierno el modificar una práctica religiosa determinada, debe existir una causa de interés público, para mantener el bienestar general y que haga válida la supresión de ejercitar la libertad religiosa.*

En lo que fuese la opinión particular del Magistrado Scallia, éste declaró: *si el uso de peyote fuese permitido en este caso, se crearía un derecho privado a ignorar leyes de aplicación general, produciéndose así una anomalía constitucional.*

La Corte, de esta manera, fijaba limitaciones al desarrollo de las libertades religiosas que se reconocían a los pueblos nativos, poniendo la primacía de leyes generales sobre las especiales que regulaban sus facultades. Con ello se sustentó que las leyes de libertad religiosa indígena (AIRFA), no derogaban o atribuían capacidad especial a las comunidades indígenas para evadir o inaplicar leyes de aplicación general. A pesar de que la Corte mantuvo de esta forma la coherencia jurisprudencial que había sido establecida *Reynolds v. United States*<sup>17</sup> —donde la Corte sostuvo leyes contra la poligamia para regular las prácticas mormonas— la evidente limitación e injerencia estatal en los asuntos indígenas sería una clara derrota en la lucha de los pueblos indígenas por recobrar su pleno desarrollo de acuerdo a sus tradiciones ancestrales.

16 En caso de apelación al menos cuatro magistrados de la Corte Suprema deben estar de acuerdo al momento de aceptar un caso en el cual exista una cuestión de índole constitucional, para ver más Internet, [www.uscourts.gov/courts/appeals.html](http://www.uscourts.gov/courts/appeals.html).

17 *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

De igual manera se procedió y resolvió en *Lyng v. Northwest Indian Cementary Association*<sup>18</sup>. En el suscitado caso la Corte enfocó la causa en determinar los problemas que podrían suscitarse de permitir que un grupo religioso minoritario tenga capacidad de anular leyes de aplicación general.

Además de limitar las capacidades de los pueblos nativos, *Oregon v. Smith*, eliminó el famoso “Sherbert”<sup>19</sup> test, que había fijado la imposición sobre el Estado de probar la existencia de un interés relevante, para poder interferir en el desarrollo de prácticas religiosas individuales o colectivas<sup>20</sup>. Sin la necesidad de probar dicho “interés” el Estado quedaba libre para imponer regulaciones sobre las prácticas individuales de los ciudadanos, poniendo una clara limitación a un derecho constitucional que había sido en algún momento ya olvidado el fundamento que motivaría a un grupo de “sectarios” a viajar de Inglaterra a un Nuevo Mundo desconocido para ejercer su libertad de culto.

Al declarar a la Cláusula de Libre Ejercicio de la Constitución improcedente, cuando entrase en contradicción con leyes de orden público, la Corte fijaba un límite demasiado estricto para futuros casos en los cuales el ejercicio individual de culto este en juego. Se entiende de este momento en adelante que de suscitarse una controversia similar, las leyes generales priman sobre los derechos individuales de libertad de culto. Su primacía, justificada en que las mismas forman parte intrínseca de la regulación Estatal sobre libertades individuales y los límites sobre ellas impuestas para asegurar el orden público.

El precedente fijado sirvió para movilizar a los pueblos nativos en su lucha por reivindicar lo que ellos consideraban su legítimo ejercicio de la libertad religiosa, fundamento y pilar de los principios constitucionales norteamericanos. Ante las presiones de este lobby el Congreso posteriormente amplió los parámetros del AIRFA, permitiendo el uso de alucinógenos, siem-

18 *Lyng v. Northwest Indian Cementary Protective Association*, 485 U.S. 439.

19 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963): en este histórico caso la Corte Suprema fijó como precedente la inversión de la carga probatoria sobre el Estado, obligando a éste a demostrar que existe un especial interés estatal para negar beneficios de desempleo a aquellos individuos despedidos por realizar determinadas actividades religiosas.

20 Internet, [http://atheism.about.com/library/decisions/religi3n/bl\\_1\\_OregonSmith.htm](http://atheism.about.com/library/decisions/religi3n/bl_1_OregonSmith.htm), Acceso: 15 octubre 2009.

pre que éstos estuviesen vinculados con alguna práctica religiosa. A pesar de que entró en vigor, su duración fue efímera ya que la misma Corte lo declaró inconstitucional en 1997<sup>21</sup>.

Desde los primeros reconocimientos de derechos y facultades que cada Estado ha dado a los pueblos indígenas se puede dilucidar las políticas que florecerían en los años venideros. Es en la atribución inicial de facultades a los pueblos en la cual los derechos, así como las reivindicaciones posteriores, cobran una gran importancia. El siguiente caso nos permite apreciar cómo se forjó hasta cierto punto la dependencia y tutela entre el Estado y los Cherokee<sup>22</sup>.

## 2.2. Funcionalidad y competencias estatales: Cherokee Nation v. Georgia

En el caso de *Cherokee Nation v. Georgia* <sup>23</sup>, esta última había suscrito un acuerdo con el Gobierno Federal, en el que se acordaba la cesión de una serie de territorios en el oeste a favor del gobierno central. En contra prestación el Estado ayudaría a *remover* a los Cherokee de sus territorios. La acción Federal se haría esperar hasta la segunda década del siglo diecinueve, cuando el descubrimiento de oro motivaría al Estado de Georgia a regular las relaciones con los pueblos nativos.

Georgia por su parte promulgó una serie de leyes que alteraban los derechos de la comunidad Cherokee y redefinían su composición jurisdiccional, extendiendo al Estado el conocimiento de los delitos cometidos por un Cherokee dentro su territorio. Con ello se buscó fijar un control punitivo sobre los posibles y previsibles enfrentamientos que se presentarían al momento de *trasladar* a este pueblo.

Georgia impugnaba además la posesión de tierras por parte de los Cherokee, alegando que no existía respaldo legal alguno, que legitime su posesión

21 *City of Boerne Texas, v. Flores* 521 U.S. 507 (1997).

22 La tribu Cherokee habitaba en los Estados de Georgia, Alabama, Kentucky, Carolina del Norte, Tennessee y Virginia. Su primer contacto con europeos se produjo en el siglo XVI. Con el paso de los años la tribu se vio forzada a trasladarse a Oklahoma. La misma se agrupaba dentro de la "Cinco Tribus Civilizadas de Norte América", ver más en Internet, [www.cherokee.org](http://www.cherokee.org), Acceso: 16 octubre 2009.

23 *Cherokee Nation v. Georgia* 5 Pet. 1(1831).

dentro del Estado. En lo que se podría catalogar como un último acto de *despotismo legislativo*, el Estado de Georgia determinó que tanto las costumbres como actos promulgados y suscritos por los Cherokee quedaban anulados y carecían de validez legal a partir del 1 de Junio de 1830<sup>24</sup>.

La respuesta de la Nación Cherokee fue contundente, respaldada en los once tratados suscritos con el gobierno federal de los Estados Unidos<sup>25</sup>, ella estimaba que todos sus actos eran reflejo del ejercicio de sus legítimos derechos como nación soberana, por ende una Corte estatal carecía de jurisdicción o competencia para conocer sobre los asuntos que a ella se refería; prueba de ello es la demanda formal que la tribu presentó ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la cual alegaba: “*la Nación Cherokee de indígenas, es un estado extranjero y sin ningún tipo de compromiso a los Estados Unidos, ni alguno de sus Estados miembros, ni príncipe o estado más allá que el suyo*”<sup>26</sup>.

En función de la Constitución<sup>27</sup> de los Estados Unidos se determina que existe jurisdicción federal en aquellos casos entre estados y estados extranjeros. Existiendo una serie de tratados con Estados Unidos y Gran Bretaña, la nación Cherokee alegaba que había sido reconocida y facultada como un Estado soberano e independiente. Este reconocimiento se traducía en una aceptación tácita de la capacidad de auto gobierno que los mismos poseían en relación a sus leyes y territorios, con lo cual la intromisión de Georgia en sus facultades era evidente y por ende inválida.

Una vez iniciado el proceso ante la Corte Suprema, su Presidente John Marshall<sup>28</sup> centró su atención en la concepción de Estado que la Constitución recogía y que el análisis jurisprudencial respaldaba. Marshall establecería los siguientes parámetros:

A pesar de que a los indígenas se les reconoce de forma inequívoca el derecho sobre las tierras que estos ocupan, hasta que dicho derecho sea extinguido de

24 H. Vinzant, John, *op. cit.*, pp. 35-14.

25 *Ibidem*, pp. 35-145.

26 Cherokee Nation v. Georgia 5 Pet. 1 (1831).

27 El artículo 3, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos determina la jurisdicción Federal en relación a la materia.

28 Hasta el día de hoy es el magistrado que por más años ha ocupado la presidencia del tribunal de 1801-1835. Internet, [www.supremecourtus.gov/](http://www.supremecourtus.gov/), Acceso: 1 octubre 2009.

forma voluntaria a través de una cesión a nuestro gobierno, cabe preguntarse si dichas tribus que residen dentro de los límites de lo que es los Estados Unidos, pueden de forma certera considerarse naciones foráneas. Sería más correcto tal vez, definirlas como naciones domésticas dependientes. Los mismos ocupan un territorio sobre el cual ejercitamos un título independiente de su voluntad y que entra en efecto al momento de eliminarse su ejercicio particular sobre el mismo. Mientras tanto, ellos permanecen en un estado de tutelaje. Su relación con los Estados Unidos semeja la de un pupilo con su tutor<sup>29</sup>.

Una lectura del dictamen nos permite discernir que la interpretación dada por la Corte elimina la consideración de los pueblos indígenas como entes autónomos y más aún, independientes del Estado Federal. Este fallo marcaría la política estadounidense sobre esta materia por los próximos cien años. La concepción de un Estado paternalista que debe regular y supervisar a sus pupilos, encausaría el pensamiento norteamericano que semeja en gran medida el mal llamado *white man's burden*<sup>30</sup>. Esta tendencia durante los años que se establecían los parámetros de desarrollo de los pueblos nativos en los territorios dominados por potencias coloniales justificaba las ocupaciones basándose en la supuesta falta de capacidad de los indígenas para regular sus propias acciones.

*Cherokee Nation v. Georgia* cobra un espectro singular si se analiza la interpretación que la Corte profiere sobre las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. Al encasillar y asimilar la funcionalidad del Estado con los pueblos indígenas como aquella encomendada a un tutor con su pupilo se cuestiona la capacidad de auto-gobierno de los indígenas y se justifica a su vez la dominación y supervisión por parte del Estado. La relación de poder desde este momento ya no sería horizontal sino vertical, Chomsky tal vez lograría definirla de mejor manera al expresar que *el control como cualquier otra forma de tiranía se proyecta de forma desinteresada y casi justificada hacia la persona, motivándola con el beneficio del otro*<sup>31</sup>.

29 *Cherokee Nation v. Georgia* 5 Pet. 1 (1831).

30 Esta frase del poema "*White Man's Burden*" de Rudyard Kipling en 1899, sería tomada como una forma de resaltar los costes del imperialismo y la carga del hombre blanco por civilizar a los pueblos de las colonias.

31 Internet, [www.lemondediplomatique.es](http://www.lemondediplomatique.es), Le Monde Diplomatique Español, entrevista a Noam Chomsky, edición de agosto 2007.

El límite a la injerencia estatal en las reservas indígenas ha sido asunto de difícil manejo por parte del legislativo y ejecutivo, el complejo sincronismo que debió fijarse entre legislación federal y estatal para limitar dichas injerencias ha sido suplantado por una solución esporádica pero a momentos afortunada de las controversias. En el siguiente caso la autonomía financiera de las reservas lograría un triunfo que frenaría en seco la avanzada estatal por dominar un aspecto más de la libertad de las tribus.

### 2.3. Relaciones tributarias: McClanahan v. Arizona<sup>32</sup>

Los hechos del caso fueron los siguientes: a) el Estado de Arizona había impuesto una carga tributaria sobre una mujer Navajo que obtenía todos sus ingresos dentro de la reserva Navajo; b) Arizona intentó probar que no existía legislación alguna en la que se había prohibido de forma expresa, la imposición de tributos a los residentes de las reservas; c) la demanda de McClanahan se vio truncada en primera instancia al no formularse bien la controversia; d) al apelar la sentencia, la Corte de Apelaciones reafirmó el fallo inicial y confirmó la formulación errónea de la causa al citar que *la controversia no yace en determinar si el Estado de Arizona incide en los derechos del demandante al imponer una carga tributaria siendo esta una Indígena Navajo, sino más bien si dicho tributo infringe los derechos de la tribu de indios Navajo a autogobierno.*

La Corte de esta manera seguía la doctrina de evaluación que se hacía acerca de imposición tributaria sobre predios ocupados por las tribus, la cual se entendía, entraban en conflicto con la autonomía de las mismas<sup>33</sup>. En definitiva se permitió la imposición tributaria al desechar el caso por planteamiento erróneo de causa.

En proceso de apelación ante la Corte Suprema<sup>34</sup> la misma desestimó la exposición de motivos de Arizona y revirtió el fallo.

32 McClanahan v. Arizona State Tax Commission 411 U.S. 164 (1972).

33 Williams v. Lee 358 U.S. 217, 79 S. Ct. 269, 3 (1959).

34 La causa llega ante la Corte Suprema al tratarse sobre los límites jurisdiccionales que los Estados tienen en relación al Estado Federal, esta causa pondría a prueba la doctrina de soberanía indígena resuelta 141 años antes en Worcester v. Georgia (31. U.S. (6 Pet. 515).



El Estado de Arizona carece de jurisdicción para imponer sistemas de tributación sobre los ingresos de los Indios Navajo que residen dentro de la Reserva y cuyos ingresos se derivan en forma directa de los recursos de la reserva<sup>35</sup>.

*McClanahan* logró sentar un importante límite a los poderes de los estados sobre las reservas que en ellos residen. La sentencia es clara en expresar que, los estados carecen de capacidad de regular todas aquellas situaciones que no les hayan sido concedidas de forma expresa por el poder legislativo. El llamado *federal preemption* <sup>36</sup> a su vez estima que las relaciones de poder que existen dentro de la unión pueden ser modificadas únicamente por el Congreso o un tratado internacional que regule una materia específica, con ello, los estados en el desarrollo de sus facultades, solamente pueden actuar en función de las atribuciones expresamente concedidas y en caso de entrar en conflicto con legislación federal la misma quedaría inaplicada.

Los tributos serían solo una parte del complejo entramado que se requería clarificar para poder suavizar y hacer operativas las competencias jurisdiccionales, no solo del Estado Federal con las comunidades, sino de cada uno de los estados con las respectivas poblaciones que habitaban dentro de sus límites territoriales.

En manos de la relación jurisdiccional entre Estado y tribus se forjaría el desarrollo de los pueblos indígenas. Al ser causa de un importante debate dentro de la comunidad jurídica estadounidense, su realidad ha presentado una serie de complicaciones al momento de aplicar parámetros clásicos de procesamiento de causas. El lograr delinear los problemas de jurisdicción y competencia que se pudiesen presentar al resolver conflictos interétnicos, es un proceso donde la jurisprudencia juega un papel importante, establecer una doctrina que logre identificar estas especialidades y más que nada les dé un tratamiento adecuado, es una tarea esencial para la operatividad estatal con los pueblos nativos.

Entre las competencias más polémicas y controvertidas está la jurisdicción criminal entre el Estado Federal y las comunidades indígenas. La problemática jurisdiccional no tiene una solución única, y ha exigido una

---

35 *McClanahan v. Arizona State Tax Commission* 411 U.S. 164 (1972), pp. 167-181.

36 Inaplicación de legislación estatal al entrar en conflicto con legislación federal.

respuesta por parte de los poderes legislativos, judiciales y ejecutivos de cada país. El siguiente caso analiza la jurisdicción criminal federal en relación con las reconocidas a las tribus norteamericanas.

#### 2.4. Jurisdicción criminal: *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*<sup>37</sup>

En el caso de *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*<sup>38</sup> se presentaron los siguientes hechos: a) a Mark Oliphant se le imputaba por agredir a un oficial tribal y resistirse al arresto dentro del territorio de la Tribu Suquamish; b) Oliphant reclamaba la falta de jurisdicción de la tribu sobre esta materia al no ser él miembro de la tribu, con ello presentó recurso de Hábeas Corpus ante una Corte Federal; c) la tribu por su parte con el apoyo de otras comunidades nativas, reafirmaban su soberanía y competencia sobre la materia, al cometerse los hechos dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, d) a pesar de que el recurso de Hábeas Corpus fuese negado por las Cortes de menor jerarquía, la Corte Suprema sostuvo dicho recurso al citar a la *Civil Rights Act*<sup>39</sup> de 1968.

La Corte Suprema se centró en el sujeto y fuero de acción, en lo que fuese su fallo la misma estimó:

Los tribunales indígenas no poseen una jurisdicción criminal inherente que les permita juzgar y sentenciar a no-indígenas, por ello no pueden asumir dicha jurisdicción a menos que les sea específicamente atribuida por el Congreso (...) los actos promovidos por el Congreso a lo largo del siglo diecinueve, reflejan el planteamiento legislativo de que, las tribus indígenas no poseen una inherente jurisdicción criminal sobre sujetos no-indígenas (...) la presunción compartida por el Congreso, poder Ejecutivo y tribunales federales de menor jerarquía establece que las cortes tribales, no poseen una determinada competencia para juzgar a sujetos no-indígenas, ello acarrea un peso significativo (...) sometándose a la soberanía de los Estados Unidos, las tribus ceden la competencia de juzgar a sujetos no-indígenas,

37 La tribu Suquamish habita la Reserva de Port Madison en el noroeste del Estado de Washington.

38 *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978).

39 Esta legislación marcaría un cambio revolucionario dentro de los Estados Unidos legislando contra la discriminación racial en los ámbitos públicos y privados.

con las excepciones que pudiesen considerarse aceptables por el Congreso, un hecho que parece concordar con el Tratado de Point Elliot<sup>40</sup> firmado por la tribu<sup>41</sup>.

La Corte logró de esta manera fijar un precedente que definió las competencias y jurisdicciones atribuidas a los indígenas sobre sujetos foráneos dentro de sus territorios. Limitando la capacidad de regular materia criminal dentro de sus reservas se imponía un límite a su pleno desarrollo y autonomía. Sin embargo, creo más importante el resaltar la explícita mención de que las tribus poseen únicamente aquellas competencias que le son reconocidas por el congreso. De esta manera tal vez de forma retardada y temerosa la Corte intentó reafirmar el poder que por inactividad legislativa se había diluido a otros poderes del Estado.

El problema de sujeto, materia y jurisdicción evidencia la problemática tangible que se presenta al delinear las relaciones entre Estado y comunidades nativas. Las claras variables que se pueden presentar en cada caso exigen del legislador, juez y jurista tener reglas procesales de aplicación claras, generales y constantes.

Analizando el caso estadounidense podemos ver que la política sobre esta materia ha dejado mucho que desear. Más allá de los posibles avances que a momentos se han dado al reivindicar ciertos derechos de las tribus, en un contexto más amplio no es difícil discernir que la implementación de una política de verdadera integración y reconocimiento legal autónomico de las tribus ha sido paupérrima.

La falta de un concepto de interacción e integración interétnico institucional, ha sido el precursor que ha aislado a estas tribus en reservas que acen-túan punzantemente la concepción popular *de aquello que no vemos, no nos molesta*. Por mérito propio y luchando varios obstáculos las organizaciones indígenas han logrado reafirmar ciertos derechos, sin embargo, la injerencia estatal sigue siendo considerable sus derechos si bien han recobrado el aliento les falta mucho aún para respirar con libertad.

---

40 Tratado de Point Elliot, firmado el 22 de enero de 1855.

41 Oliphant v. Suquamish Indian Tribe, 435 U.S. 191 (1978).

## 2.5. Sinopsis jurisprudencial

El desarrollo doctrinario que labró la Corte Suprema, refleja una creciente afirmación y reconocimiento del auto gobierno otorgado en la segunda mitad del siglo XX a las tribus. Paradójicamente, la Corte trazó los cimientos de la autodeterminación, focalizando su atención en un entendimiento de dependencia de las tribus con el Estado. La necesaria separación del Estado de los asuntos indígenas fue un logro importante para los movimientos indígenas que buscaban una mayor autonomía. Las limitaciones sufridas en el ejercicio de sus facultades por vía judicial, lograrían ser revertidas durante los años setenta.

Esto quedaría eclipsado en cierto grado, por la existencia de un sistema de autonomía discriminatorio entre las reservas que han otorgado privilegios y derechos, cuyo ejercicio, es posible únicamente por una fracción de las mismas. Ejemplo de ello es la existencia de casinos y sistemas de juego organizado dentro de aquellas Reservas<sup>42</sup> que se encuentren dentro de un Estado, en el cual los juegos de azar sean legales.

Los intereses de las tribus como asunto primordial en la valoración de litigios contra el Estado se debilitaron notablemente con el paso de los años. A pesar de los triunfos que se habían logrado en materia de auto gobierno —con la promulgación de leyes—, la Corte Suprema de manera paulatina fijó un respaldo cada vez mayor a las políticas federales, midiendo de ante mano los efectos que las decisiones tendrían sobre el Gobierno Central y no sobre los pueblos nativos. En el caso *Oregon v. Smith* las tradiciones ancestrales de los pueblos nativos, se verían limitadas al entrar en contradicción con parámetros referentes al ámbito de aplicación de la ley.

El retracto sistemático en las políticas sobre los pueblos nativos se transformó en lo que se podría catalogar como un intento hostil pero no focalizado de proteger el interés colectivo por encima del especial interés que había sido reconocido a los pueblos, bajo el llamado pupillage estatal.

El poder de las tribus había residido en su función soberana de dirigir sus actividades y comunidades, sin embargo, la interpretación real de su auto gobierno está limitada a su correlación con los poderes judiciales y legislativos

42 Indian Gambling Regulatory Act, 1988.

del Estado. Consecuencia de ello es la degradación en el reconocimiento de las tribus como Estados soberanos a la de comunidades de indígenas dependientes de la legislación Federal. *Cherokee Nation v. Georgia* acentuaría esta intromisión federal en la independencia de las tribus.

La rama legislativa había sido atribuida desde los orígenes constitucionales la facultad de regular y delinear las relaciones del Estado con los pueblos nativos que habitaban dentro de la Unión. La inactividad legislativa dejaría en manos del poder judicial el forjar dichas relaciones.

Al delimitarse por el Poder Judicial que la soberanía de las tribus dependían de la facultad del Congreso de limitar, alterar o eliminar las atribuciones especiales que se les había reconocido, la posibilidad de preservar éstas –soberanas– fue puesta en entre dicho. El paso de los años y el despertar legislativo reafirmaría los derechos de los pueblos nativos.

En conclusión las disputas judiciales que se presentaron y la evidente necesidad de solucionar conflictos que tenían relación con las particularidades interétnicas, exigía una respuesta concreta y acertada por parte del poder legislativo. La inactividad del mismo permitió que la Corte Suprema ejercite facultades cuasi legislativas y ejecutivas, fijando por precedente el delimitamiento de una política que por mandato constitucional era responsabilidad legislativa.

### III. Nueva Zelanda: El Tratado de Waitangi

Entre los pueblos indígenas y aborígenes del mundo el caso del pueblo Maori es singular y digno de ser resaltado. La solución jurídica que se ha diseñado para delimitar las interacciones con el Estado nos permite ver un modelo donde la unión de un pueblo junto con su incansable lucha por reafirmar sus derechos, ha permitido el establecimiento de un sistema único. El desarrollo que se ha vivido, ha sido gracias a una distribución de competencias que reconoce, tanto en el Estado como en el pueblo Maori, la facultad de exponer sus intereses y no ser solo oídos sino escuchados.

El caso de Nueva Zelanda es excepcional dentro del derecho común anglosajón al resolver, tratar y delimitar las relaciones del Estado con los pueblos nativos de un territorio conquistado. No es casualidad el hecho de que el pue-

blo Maori haya logrado preservar a lo largo de los últimos doscientos años, una soberanía y autodeterminación que en nada reflejan la situación de sus vecinos aborígenes en Australia o la de los indios nativos de Norteamérica.

La situación jurídica de los nativos neozelandeses se remonta a los primeros contactos con colonizadores británicos y sorprendentemente permanece estática –con cambios menores– a lo largo de los siguientes dos siglos. En un intento desesperado por afirmar su soberanía sobre las islas y pueblos de Nueva Zelanda, la Corona británica redactó y firmó en 1840<sup>43</sup> un tratado con una serie de líderes tribales. Una vez firmado, el mismo fue remitido a los demás líderes y ratificado por la gran mayoría.

Un desconocimiento explícito de la estructura social Maori como pueblo, fijaba la imposibilidad de aplicar el tratado frente a su totalidad como nación unitaria confederada<sup>44</sup> –punto esencial al momento de establecer el tratado como derecho imperante sobre los territorios–. Hasta ese momento la conquista británica se había fundamentado en la aplicación de *terra nullius*<sup>45</sup> para cimentar su control político sobre los dominios conquistados. La teoría de dominación se basaba en la creencia de que los pueblos que carecían de formas de gobierno central o estructuras *sociales avanzadas*, *no poseían un derecho*<sup>46</sup> o sistema jurídico que podía entrar en contradicción con el que sería impuesto por las autoridades coloniales. Por lo tanto los territorios que habitaban carecían de derecho alguno, siendo necesario el establecer un sistema de orden que sea concordante con la de pueblos más *avanzados*.

En el caso Maori a pesar de haber carecido de una autoridad central que funcionase como cabeza administrativa, los mismos tenían una composición social unitaria y funcional<sup>47</sup>, que les otorgaba un cierto grado de soberanía que no podía ser subordinada a otro sin su consentimiento expreso.

43 J.G.A. Polcock, Law, Sovereignty, and History in a Divided Culture: The Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi, The Irdell Memorial Lecture, Lancaster University, 20-23, 10 October 1991.

44 *Ibidem*, pp. 20-23.

45 El Teniente William Hobson siguiendo órdenes de la Reina de Inglaterra, en 1840 declaró a la isla sureña de Nueva Zelanda como *terra nullius* y legitimaba así la ocupación política de la misma. Véase Rutherford, James, *The Treaty of Waitangi and the Aquisition of British sovereignty in New Zealand 1840*, Auckland University College, 1949.

46 Emerich de Vattel, "*Law of Nations or the Principals of Natural Law*", 1758. Internet, [www.loang.com/exlibris/vattel/](http://www.loang.com/exlibris/vattel/), Acceso: 15 octubre 2009.

47 J.G.A. Polcock, *op. cit.*, pp. 20-23.

La concepción por parte de los colonizadores británicos de que el pueblo Maori poseía una soberanía inherente a sí misma que le facultaba para firmar un tratado con Inglaterra, atribuía una serie de derechos y atribuciones al pueblo Maori, antes siquiera de entrar a negociar con los poderes administrativos coloniales.

El Tratado de Waitangi<sup>48</sup> firmado en 1840, fijaba una serie de concepciones jurídicas que marcarían todas las negociaciones e interacciones futuras entre el pueblo Maori y la autoridad estatal. Como ocurrió en otros procesos de colonización, los años venideros traerían los constantes intentos por parte de los neozelandeses descendientes de europeos, por alterar la concepción de Estado soberano que había sido reconocido en el pueblo Maori.

Los textos originales se elaboraron en dos copias, una en inglés y otra en Maori, aquellas copias que se reprodujeron para ser entregadas a los líderes tribales restantes, no reflejaban de forma exacta las concepciones jurídicas que se habían plasmado dentro de la copia en inglés<sup>49</sup>. La falta de exactitud en las traducciones, sería la base legal en la cual el pueblo Maori, se apoyaría para sustentar que los documentos subyacentes que se habían reproducido y firmado carecían de valor jurídico y eran nulos de pleno derecho por falsedad ideológica.

Extendiéndonos más allá de las diferencias interpretativas que a través de la historia la revisión legal de documentos pueda acarrear, y más aún cuando las mismas versan sobre documentos redactados en lenguas intrínsecamente diferentes, la disputa judicial se sustanció en lo que en términos de soberanía podía ser cedido por los pueblos aborígenes y el derecho de la Corona a adquirirlos<sup>50</sup>. Esto sin mencionar los problemas que se vivirían al momento de probar el ejercicio ininterrumpido y continuo de posesión sobre las mismas.

La conformación del Tribunal de Waitangi<sup>51</sup> sería un reflejo de la importante lucha por defender el texto del Tratado<sup>52</sup>. A éste órgano judicial se le facultó para escuchar la presentación de reclamos que estén relacionados

48 Tratado de Waitangi, 1840.

49 J.G.A. Polcock, op. cit., pp. 20-23.

50 *Ibidem*.

51 Treaty of Waitangi Act, 1975. Internet, [www.knowledgebasket.co.nz/waitangi/about/about.html](http://www.knowledgebasket.co.nz/waitangi/about/about.html), Acceso: 15 octubre 2009.

52 Los Tribunales persisten hasta hoy en día y conforman una unidad del Ministerio de Justicia neozelandés, sus funciones están establecidas en la sección 5 del *Treaty of Waitangi Act* de 1975.

con la violación o inaplicación de las estipulaciones en el tratado del mismo nombre. A pesar de contar con jurisdicción y competencia, sus dictámenes no son derecho imperativo, sino más bien cumplen una facultad consultiva que debe ser tomada en cuenta por el Parlamento y las cortes estatales.

El ejercicio de la soberanía cedida al Estado de Nueva Zelanda, está sujeta a revisión por parte del Tribunal de Waitangi. El mismo cumple una función de supervisión sobre el cumplimiento efectivo de las estipulaciones recogidas en el Tratado. El ejercicio de la soberanía, de esta forma, debe ser consecuente con lo acordado inicialmente con los líderes tribales en los primeros momentos de la colonia.

Si bien los dictámenes de la Corte no llegan a ser derecho imperativo, el análisis originario que dan sobre la soberanía estatal acarrea una trascendencia significativa, que de cierto modo obliga o manda a los tribunales y demás órganos estatales, a acomodar la legislación en función de los dictámenes emitidos. El Tribunal en cierta manera posee la capacidad de poner en entre dicho la ejecución de soberanía otorgada al Estado neozelandés<sup>53</sup>.

Es sustancial la firma del Tratado en 1840 pues con ello el pueblo Maorí fija los cimientos que le impulsarían de colonia imperial, a colonia auto-gobernada y posteriormente a estado independiente<sup>54</sup>.

Los problemas de interpretación y traducción del texto original del Tratado, evidencia dos visiones anacrónicas en función de quien lo interpreta. El pueblo Maorí ha subrayado que en el Art. II del Tratado de Waitangi, el pueblo otorga la *protección más no la posesión* sobre sus tierras al gobierno inglés. Una lectura textual del mismo, asegura a los jefes tribales la total disposición y control sobre los territorios y permite la venta de ellos a la Corona bajo el consentimiento final del pueblo Maorí. La redacción en inglés del mismo, sin embargo se otorga al gobierno colonial la total posesión y disposición sobre las tierras en cuestión<sup>55</sup>:

Sin embargo los Jefes de las tribus unidas, así como los jefes individuales, ceden a su Majestad el derecho exclusivo sobre dichas tierras<sup>56</sup>.

53 J.G.A. Polcock, *op. cit.*, pp. 33-40.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*, pp. 20-23.

56 Internet, [www.history.net.nz/politics/treaty/read-the-treaty/english-text](http://www.history.net.nz/politics/treaty/read-the-treaty/english-text), Acceso: 25 octubre 2009.



Como ocurrió en otros enclaves coloniales de su época, el intento de invalidar los tratados firmados con los nativos formaba parte de la política colonial. El resurgimiento y fuerza que cobró el movimiento Maorí en los años venideros, trajo consigo dos cambios fundamentales: (a) la creación de los Tribunales Maoríes sobre Posesión de Tierras en 1862 y; (b) el Treaty of Waitangi Act de 1975.

Los Tribunales sobre posesión de tierras fueron creados para transmutar el derecho consuetudinario Maori sobre las tierras en títulos de propiedad reconocidos por la Corona. Ello facilitaría la enajenación y disposición sobre las mismas, así como la existencia de un documento público que reconozca un derecho sobre un territorio. En concordancia con esto, *The Native Land Act*, de 1909 dispuso la prohibición expresa de reclamar posesión de tierras ante la Corona en función de derechos consuetudinarios preexistentes.

La disposición legislativa recogida en el Treaty of Waitangi Act de 1975 facultó al Tribunal de Waitangi para investigar acciones legislativas o ejecutivas que violasen o inaplicasen los principios establecidos en el Tratado. Luego de esclarecer sus hallazgos debían remitirlos a las autoridades y hacer las recomendaciones correspondientes.

Como se mencionó anteriormente, el Tribunal no tiene concedida la facultad de crear derecho impositivo, sin embargo sus recomendaciones han influenciado y guiado actos ejecutivos, legislativos y judiciales que han reafirmado la interpretación Maori del tratado<sup>57</sup>.

La resolución del Maori Council de 1987<sup>58</sup> enmendó la *New Zealand State Owned Enterprises Act*<sup>59</sup> para incluir una disposición que *prohiba a la Corona actuar de manera inconsistente con los principios del Tratado de Waitangi*<sup>60</sup>.

Así mismo la sentencia proferida en *Huakina Development Trust v. Waitangi Valley Authority* resalta la importancia que las recomendaciones del Tribunal de Waitangi tienen, dentro del entramado social neozelandés, al

57 J.G.A. Polcock, *op. cit.*, pp. 25-26.

58 El Maori Council analizó los conflictos existentes entre *State-Owned Enterprise Act-Treaty of Waitangi-Statutory Recognition of Principles of Treaty*, determinando los conflictos que pudiesen suscitarse al imponer legislación estatal que pudiese alterar los derechos de pueblo Maori recogidos en el Tratado de Waitangi.

59 *New Zealand State Owned Enterprises Act*, 1986.

60 N.Z.L.R 641 (C.A. 1987).

estimar al Tratado como un “*elemento esencial en la estructura de la sociedad neozelandesa*”<sup>61</sup>.

Nueva Zelanda es un caso singular en lo que se refiere a la colonización desarrollada por el imperio británico en Oceanía durante el siglo XIX. Si bien, la existencia de un error de traducción, intencional o no, fuese responsable de declarar nulo el tratado en los parámetros deseados por los colonizadores británicos, la estructura social Maori respondía a parámetros notoriamente diferentes a los vividos por pueblos nativos de Norteamérica o Australia. Estos carecían de la composición social y organizativa que permitió al pueblo Maori defender sus territorios y derechos.

Cabe preguntarse el impacto jurídico que una interpretación de este estilo hubiese tenido en los procesos de colonización en América Central y del Sur, donde los pueblos que habitaban los territorios tenían una cultura exponencialmente más desarrollada si las comparásemos con las de los pueblos de Norte América u Oceanía.

#### IV. Canadá

La población indígena en Canadá es abundante y se encuentra mejor distribuida geográficamente que la no-indígena, sin embargo, la mayor densidad poblacional se encuentra localizada en los territorios del Noroeste y alrededor de un veinticinco por ciento en Yukón<sup>62</sup>. Los grupos indígenas pertenecen a alrededor de diez diferentes grupos lingüísticos, como consecuencia de ello las particularidades culturales varían drásticamente entre cada región.

A estos diversos grupos humanos se lo juntó bajo un mismo marco jurídico determinado simplemente *Indian Act*<sup>63</sup>, haciendo caso omiso de las diferencias intrínsecas que cada grupo presenta. El *Royal Proclamation* de 1763 remite al uso de tratados con los pueblos para regular la posesión y tenencia de tierras entre el Estado y los pueblos nativos.

61 N.Z.L.R. 188 (1987).

62 Sanders, Douglas, "Aboriginal Rights in Canada: An Overview", *Law and Anthropology* 177, 1987.

63 Indian Act., 1876.

La Constitución de Canadá como estado federado en 1867<sup>64</sup>, otorga al gobierno nacional la jurisdicción para regular “a los indígenas y las tierras destinadas a ellos”<sup>65</sup>. Se justificó la jurisdicción otorgada, como método de protección, a favor de los pueblos debido a la constante afluencia de colonizadores en la región que intentaban apoderarse de los territorios dados a los pueblos.

A pesar de que se había reconocido una serie de derechos a los pueblos indígenas, a partir de mediados del siglo diecinueve tanto Canadá como Estados Unidos<sup>66</sup> empezaron a construir una política dirigida a forjar una jurisdicción particular sobre los asuntos indígenas.

El Indian Act. fijó una política gubernamental de propulsar campañas de asimilación frente a los pueblos nativos. La legislación cubría una serie de puntos que definían: a) quienes eran considerados indígenas; b) políticas públicas de educación y salud, c) manejo de tierras y recursos dentro de las mismas.

Es esencial la distinción que permitía a los Estados firmar tratados con los pueblos nativos, esto como un intento de apaliar las dificultades sufridas tras la derrota francesa de las guerras con la ahora independiente colonia británica suroccidental. La necesidad de integrar a las tribus como aliados acentuó un acercamiento inicial de diálogo con los pueblos nativos, para evitar un conflicto en un territorio desprotegido y aún recuperándose de los daños acaecidos tras un conflicto prolongado.

El *Indian Act* empezó por reforzar ideas de auto gobierno y provisiones de regulación interna. A diferencia de Estados Unidos, Canadá seguía casi inexplorada a finales del siglo diecinueve, por ello su política era de compromiso y acuerdo con los pueblos nativos pues el peligro de conflicto era latente, situación que no ocurría en el país vecino.

Alrededor de mediados del siglo diecinueve la práctica estatal de firmar tratados con los pueblos nativos se dejó de lado como consecuencia de las aspiraciones estatales de expandir los dominios nacionales hacia el inexplorado oeste<sup>67</sup>, donde no había ningún documento jurídico firmado con los pueblos de la zona. Los procesos de reafirmación de derechos políticos entre la población indígena, trajo consigo la propuesta del *National Indian Brotherhood of Canadá*

64 British North America Act. (Constitution), 1867.

65 British North America Act. (Constitution), 1867. 91 (24).

66 Oliphant v. Suquamish Indian Tribe, 435 U.S. 191 (1978).

67 Sanders, Douglas, *op. cit.*, p. 32.

de ser un partícipe activo de la reforma constitucional que se había planteado en 1978. Entre los puntos que se plantearon como de *interés* estaban: a) el reconocimiento de derechos aborígenes y el respeto a los tratados firmados; b) participación en el proceso de reforma constitucional; c) el requerimiento de un consentimiento expreso por parte de la comunidad indígena en caso de que se altere cualquier materia relevante a los derechos de los pueblos.

La respuesta política fue la de lograr un compromiso a pequeña escala que prometía la participación de la comunidad nativa en el proceso. A comienzos de los años 80 y tras una larga negociación para apoyar las propuestas gubernamentales, se lograron los siguientes puntos a favor de los pueblos nativos<sup>68</sup>: a) La sección 35 de la Constitución de 1982 recoge de manera sustantiva garantías para las poblaciones aborígenes así como validación sobre los tratados firmados con los mismos; b) la sección 25 protege los derechos indígenas de las provisiones generales del Charter of Rights and Freedom, c) la sección 37 fija como obligatoria la reunión con el Primer Ministro para tratar los asuntos de materia constitucional que tengan relevancia para los pueblos indígenas.

#### 4.1. Intermediación estatal y responsabilidades subyacentes: *Guerin v. The Queen*<sup>69</sup>

El planteamiento relacional entre Estados y los pueblos indígenas es particular en cada país. Canadá ha establecido por medio de su historia una función de supervisión sobre los intereses de los pueblos indígenas. Como ha sucedido en otras partes del mundo la posesión, dominio y capacidad de enajenación de las tierras concedidas a estos pueblos caen bajo una firme regulación estatal. El presente caso ilustra las dificultades que dicha *protección* acarrea, así como la difícil tarea de evitar abusos por parte de las autoridades que deben velar por estos especiales intereses.

Este caso trajo a luz una serie de cuestiones que no habían quedado del todo resueltas al constitucionalizar en 1982 los derechos indígenas. La disputa que se suscitó tras el arrendamiento de territorios de la *Musqueam Indian Reserve*, por parte de agentes de la Corona al Shaughnessy Golf Club, cuestionó el papel entre el Estado y los pueblos indígenas.

<sup>68</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982.

<sup>69</sup> S.C.R. 335, 1984.

Las tierras en disputa habían sido cedidas a los agentes de la Corona como ejercicio de las facultades reconocidas a la Musqueam Indian Reserve<sup>70</sup>. Esta junto con todas las demás comunidades de su tipo, estaba prohibida de ceder o enajenar en cualquier forma sus tierras a terceros, para ello debía primero ceder las mismas a la Corona para que esta supervise y tramite dicha venta o cesión.

El propósito de esta cesión es para interponer a la Corona entre las tribus y quienes buscan adquirir o alquilar sus tierras, en función de prevenir cualquier abuso que pudiesen sufrir los indígenas. Está claramente señalado en la misma Royal Proclamation, que establece esta provisión situando a la Corona como intermediaria con la declaración: “*grandes Abusos y Fraudes se han cometido en la compra de tierras a los indígenas, causando grave perjuicio a nuestros intereses, y ante la inmensa inconformidad de dichos indígenas*”. A través de la confirmación establecida en el Indian Act de la histórica responsabilidad encomendada a la Corona, para actuar, en representación de los indígenas en función de proteger sus intereses en las transacciones que se celebren con terceros, el Parlamento ha conferido en la Corona la discreción de determinar por sí misma, donde yacen los intereses de los indígenas<sup>71</sup>.

Más allá de las limitaciones sobre posesión y dominio de las tierras en cuestión, la pregunta que se presentó fue la estructura relacional entre el Estado y los pueblos nativos. La tribu reclamaba de la Corona indemnización por daños y perjuicios ya que al momento de enajenar las tierras cedidas, se acordaron términos menos favorables de los que originalmente fueron estipulados con los jefes tribales y los representantes de la Corona. La Corona argumentaba que debido al origen fiduciario de las tierras y su relación con el Estado la Corona había ejecutado la transacción velando por el mejor interés de la tribu.

El Magistrado Le Dain J. Argumentó que la tribu definía su papel con el Estado de la siguiente manera:

70 Royal Proclamation of 1753.

71 Guerin v. The Queen, 2 S.C.R. 335, pp. 383-384. Internet, <http://csc.lexum.unmontreal.ca/en/1984/1984rcs2-335/1984rcs2-335.html>, Acceso: 15 octubre 2009.

La cesión que se hizo a las autoridades para gestionar los términos acordados sobre las tierras, se refiere a una negociación que refleje el interés de la tribu. La cesión de las tierras no tenía como intención el imponer un proceder determinado a los agentes; por estas razones, yo soy de la opinión que la cesión de tierras no creó una relación fiduciaria, y por ello, no se justifica la indemnización que se generaría por abuso de confianza<sup>72</sup>.

Aún cuando los términos de venta final habían variado en relación con los acuerdos *orales* que originalmente se establecieron con los líderes tribales, al no quedar plasmados en los títulos de cesión, no se podía exigir el cumplimiento de los mismos ante la Corte:

En mi opinión, sin embargo, a la Corona no le fue otorgado en el documento de cesión la facultad de ignorar los términos orales que la tribu entendió se plasmarían en el título de alquiler. Los acuerdos orales a través de los cuales la Corona hace caso omiso de su relación fiduciaria deben ser medidos. Estos determinan y fijan los límites de actuación que facultan la acción de la Corona, después de que sus agentes hubiesen inducido a la tribu a ceder sus tierras, bajo el entendimiento de que dichas tierras serían cedidas bajo unos términos específicos, sería pues impensable el permitir que la Corona haga caso omiso de dichos términos. Una vez enfrentados con la imposibilidad de obtener los términos ofrecidos, la Corona, en lugar de alquilar las tierras bajo términos menos favorables, debió dirigirse nuevamente a la tribu para explicar qué había sucedido y buscar en el Consejo de la misma la forma de proceder. La existencia de una falta de cuidado tan manifiesta, es la clave para concluir que la Corona violó su deber fiduciario<sup>73</sup>.

A pesar de existir una relación fiduciaria con los pueblos nativos y la Corona, ello no facultaba al titular de la fiducia –la Corona– a extenderse más allá de los límites otorgados, aún si estos fueron orales. Al haber enajenado las tierras aquí en disputa, la Corona debía resarcir por los daños causados debido al manejo inadecuado de los intereses cedidos a su favor. Sobre este punto Le Dain J. Argumentó:

72 *Ibidem*, p. 375.

73 *Ibidem*, p. 389.

En mi opinión, la naturaleza de los títulos de posesión indígena y la estructura establecida para disponer de las tierras, impone sobre la Corona, una enorme responsabilidad al enajenar dichas tierras en beneficio de los pueblos indígenas. Esta obligación sin embargo no acarrea el sentido jurídico privado de un Trust. Es por el contrario una obligación fiduciaria. De tal manera que si la Corona llegase a incumplir su responsabilidad fiduciaria, la misma sería responsable frente a los indígenas<sup>74</sup>.

El uso y disposición de tierras fue un tema de variante doctrina, al existir tribus en la región oeste de Canadá, sobre las cuales no precedía ningún tipo de acuerdo previo que regulase su tenencia.

Esta sentencia marcaría el precedente para que la Corona, en los años venideros, realice una cesión histórica de tierras a los pueblos nativos. La tribu Inuit recibió trescientos cincuenta mil kilómetros cuadrados de territorios en la región noroeste de Canadá, dicha cesión afectó a más de diecisiete mil Inuit, quienes tras la cesión son los mayores poseedores de tierras en el mundo<sup>75</sup>.

## V. Conclusiones

Cuando hablamos de los pueblos indígenas del Nuevo Mundo o los habitantes nativos de las colonias de Oceanía, se podría pensar que no existe un vínculo de historia y legado colonial que los une. Sin embargo las relaciones que germinaron en estos países se han transformado, de una concepción de aislamiento e imposición de asimilación a la cultura occidental, a una de reivindicación y resurgimiento de los mismos.

Ha sido el paso de los años y los grandes avances vividos en materia de reconocimiento de derechos de auto determinación de estos pueblos, como elemento básico de sus derechos humanos, lo que ha impulsado una reivindicación de sus derechos ancestrales sobre estos territorios.

El Derecho Internacional ha respondido a las necesidades de estos pueblos estableciendo la *Declaración Sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a*

---

74 *Ibidem*, p. 384.

75 Sanders, Douglas, *op. cit.*, p. 32.

*Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, en 1992*<sup>76</sup>, así como la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007*<sup>77</sup>. Esto sin mencionar el precedente fijado por la Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, que sería vital en establecer los parámetros que impulsarían a los movimientos indígenas a ser reconocidos.

La lucha por reafirmar los derechos ancestrales de los pueblos sobre sus territorios, es el vínculo de unión entre los pueblos indígenas de todo el mundo. Desde las primeras interacciones con los colonos europeos la pugna por mantener una autonomía que lograrse preservar sus características como pueblo, ha controvertido el entramado político, social y jurídico.

Las sentencias recopiladas en este ensayo resaltan los espejismos normativos vividos en los territorios dominados por el imperio británico, donde las políticas establecidas, junto con las singulares relaciones del Estado y los pueblos nativos, dieron paso a una funcionalidad en inicios opresora que luego debió reconocer el derecho de estos pueblos a definir su futuro protegiendo su pasado.

Cortes, Tribunales y jurisprudencia han labrado el camino de los derechos indígenas en el mundo anglosajón. La inactividad o imposibilidad de actuación por parte del legislativo y ejecutivo ha dado como resultado un sistema que fundió concepciones clásicas del Estado con visiones capaces de englobar múltiples jurisdicciones.

Por mérito o simple y necesaria evolución de los fundamentos del derecho común, la reivindicación de los pueblos aborígenes ha debido ser oída por los diferentes Estados. Si bien un sistema basado en el precedente requiere de circunstancias apremiantes para modificar lo plasmado por siglos de jurisprudencia, no sería coherente el mantenerse ajeno a lo avances normativos que se han vivido a lo largo de tantos años y sucesos.

En el suscitado caso australiano de *Mabo v. Queensland*<sup>78</sup>, los pueblos aborígenes de Australia lograron que se les reconozca un derecho originario sobre los territorios que han ocupado desde tiempos ancestrales, destru-

76 Aprobada en la Asamblea General de la Naciones Unidas por Resolución 47/135, 1992.

77 Aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 61/295, 2007.

78 Llevado ante el *High Court of Australia* en junio de 1992; sería un caso histórico que marcaría el fin de la concepción y aplicación de *terra nullius* en Australia, reconociendo un título originario a los pueblos aborígenes.



yendo de esa manera la concepción de *terra nullius*, vestigio de la conquista imperial.

Más allá del importante logro que esto representó para los pueblos aborígenes, las palabras del Magistrado australiano J. Brennan al momento de leer la sentencia reflejan este necesario desarrollo de los principios jurídicos y fundamentos que han alentado un sistema discriminatorio y de segregación.

La adopción de instrumentos internacionales por parte del Gobierno de Australia han pavimentado el camino, mediante el cual, si bien es cierto el derecho común no está en total concordancia con dichos instrumentos, la influencia de los mismos en la evolución del mismo debe ser reconocido (...) Esto cobra especial relevancia cuando los instrumentos citados protegen, resguardan o contemplan el ejercicio de los más mínimos derechos humanos.

La influencia de los derechos humanos y su reconocimiento por los gobiernos e instituciones de cada país, albergan la llave para poder integrar los pueblos nativos con los descendientes coloniales.

La auto determinación se define no sólo como un concepto aplicable a las minorías y pueblos indígenas del mundo, sino, como un catalizador que logrará el desarrollo de todo grupo en función, reconocimiento y respeto de cualquier otro.

## VI. Bibliografía

Constitución de los Estados Unidos.

H. Vinzant, John, *The Supreme Courts Role in American Indian Policy*, LFB Schorly Publishing LLC, EL Paso, 2009.

Kymlicka, Will, "Derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional", *Revista del Instituto de Jurídicas de Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, número 22, 2008.

Omer Call Stewart, *Peyote Religion*, *University of Oklahoma Press*, 1987.

Rutherford, James, *The Treaty of Waitangi and the Aquisition of British sovereignty in New Zealand 1840*, Auckland University College, 1949.

Sanders, Douglas, "Aboriginal Rights in Canada: An Overview", *Law and Anthropology* 177, 1987.

Savage, Mark, "Native Americans and the Constitution: The Original Understanding", *American Indian Law Review*, 1988.

Perspectivas de la justicia indígena  
en el Ecuador

---

# El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008

Agustín Grijalva\*

---

## Sumario

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

---

## I. Introducción

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

---

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

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

## II. Constitucionalismo plurinacional e intercultural

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

La diversidad cultural no es solo un cuestionamiento externo al sistema de derechos que una Constitución establece, sino que se asienta fuertemente sobre varios de estos mismos derechos. Así, por ejemplo, incluso bajo algunas constituciones europeas que no reconocen a las minorías derechos colectivos de identidad cultural, y para las cuales todos los derechos constitucionales son individuales, el derecho a la libertad religiosa de los inmigrantes y su contexto comunitario ha llevado a plantearse este problema, como ha sucedido por ejemplo en Alemania con el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia<sup>1</sup>.

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

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

2 Artículo 2, *Constitución Española*, 1978.

Asia y África, evidenciando el fuerte cuestionamiento político y teórico a la concepción liberal de una sola nación como realidad coincidente con un solo Estado, y planteando frente a ella la coexistencia democrática de varias naciones o nacionalidades en el marco de un mismo Estado<sup>3</sup>.

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

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

---

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

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

Un primer cuestionamiento al constitucionalismo moderno afloró con el surgimiento del Estado social y sus implicaciones: los derechos sociales y la concepción material del principio de igualdad. El Estado social implicó el explícito reconocimiento de las diferencias con miras a lograr una igualdad más real, implicó la visualización de sujetos de derecho distintos a los individuos, y de derechos distintos a los individuales<sup>7</sup>. Con el Estado social, los grupos y los individuos concretos comenzaron a exigir del Estado acciones positivas para lograr una igualdad real, lo cual contrasta con los individuos abstractos y el Estado limitado al *dejar hacer y dejar pasar* propio del constitucionalismo liberal clásico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador

#### 3.1. La Constitución de 1998

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

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

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

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

También en cuanto al reconocimiento de la organización social y política de los pueblos indígenas se pueden destacar avances limitados. A raíz de la Constitución de 1998 se creó el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), institución que pese a las falencias que pudieren anotarse, constituye un espacio de institucionalidad pública para los pueblos y nacionalidades indígenas, con cierta autonomía, una Secretaría Nacional de Salud Intercultural, un presupuesto propio, y estructuración relativamente estable en cuanto se halla regulado mediante Ley Orgánica<sup>11</sup> a partir de 2007.

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

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

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

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

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

### 3.2. ¿Plurinacionalidad o interculturalidad?

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

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

---

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

cuestionó la noción de plurinacionalidad como atentatoria a la unidad del país y la contrastó con la de Estado intercultural, la cual según estas organizaciones sería un tipo de Estado adecuadamente inclusivo, compatible con una concepción igualitaria de ciudadanía. Según este enfoque, mientras que la plurinacionalidad enfatiza la autonomía y la diferencia, la interculturalidad enfatiza las relaciones entre distintos y su encuentro respetuoso y fructífero. La pregunta que surge inmediatamente es si es posible tal encuentro sin condiciones políticas, institucionales y jurídicas que lo hagan posible<sup>13</sup>.

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

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

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

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

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

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

#### IV. Avances y límites en el fortalecimiento de derechos colectivos

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

<sup>14</sup> Santos de Sousa, Boaventura, *op. cit.*, pp. 34-35.

En realidad, la Constitución del 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales<sup>15</sup>. Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.). Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución del 2008 los denomina “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo diez son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo once, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.

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

Esta universalización de la capacidad para reclamar derechos se corrobora también en la regulación de garantías jurisdiccionales de la nueva Constitución. Estas garantías son los medios procesales para exigir a los jueces que aseguren de autoridades y particulares el respeto a los derechos constitucionales. En la nueva Constitución<sup>16</sup> se ratifica que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Mediante estos principios constitucionales se

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

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

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

En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones respecto a la Constitución de 1998 tienen que ver primero con la inclusión de *nuevos derechos colectivos* tales como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (artículos 57.2 y 57.3), a mantener sus sistemas jurídicos propios<sup>17</sup> (artículo 57.10), constituir y mantener sus propias organizaciones (artículo 57.15), el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectarlos (artículo 57.17), la limitación de actividades militares en sus territorios (artículo 57.20), el derecho a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, y a tener sus propios medios (artículo 57.21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (artículo 57 inciso final).

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

Respecto de la salud, los artículos 32, 57.12, 358, 360, 362, 363.4 contienen elementos normativos ya no solamente de reconocimiento de las medicinas indígenas y ancestrales, como en la Constitución anterior<sup>18</sup> de 1998, sino además mandato constitucional de buscar su complementariedad con la medicina occidental y de su integración en la red pública integral de salud.

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

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



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

También en lo relativo a educación se fortalece la interculturalidad<sup>19</sup>. Este principio ya constaba brevemente enunciado en el artículo 66 inciso 2 de la Constitución de 1998. Sin embargo, el artículo 28 de la nueva Constitución especifica el principio en estos términos: “Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones”.

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

Pese a estos y otros avances dentro de los derechos colectivos, el derecho colectivo al autogobierno no fue reconocido en los términos explícitos propuestos por el proyecto de Constitución de la CONAIE<sup>20</sup>. Por otro lado, las normas constitucionales de integración de circunscripciones territoriales indígenas (Art. 257) plantean diversas interrogantes. Tampoco el planteamiento de reconocer al quichua y el shuar como idiomas oficiales en términos de igualdad con el castellano fueron aceptados por la Constituyente.

En cuanto a la transformación institucional, el proyecto de Constitución de la CONAIE planteaba la integración de un legislativo o Asamblea Plurinacional<sup>21</sup>, en la cual los pueblos y nacionalidades indígenas tuvieran sus propios representantes, siguiendo así los modelos de las constituciones de Bolivia, Colombia y Venezuela. La Constitución del 2008 no adoptó este criterio manteniendo a este respecto las nociones de representación política de la Constitución de 1998.

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

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

21 Artículo 11 del Proyecto de la CONAIE.

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

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

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

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

## V. La jurisdicción indígena

La Constitución ecuatoriana del 2008 introduce ciertos cambios en materia de justicia indígena respecto a la Constitución de 1998<sup>22</sup>. Los cambios más

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI. Bibliografía

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

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

CONAIE, Proyecto de Constitución.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

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

# 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”<sup>1</sup>, 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 nacionales<sup>2</sup>.

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 ley<sup>3</sup>. 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 República<sup>4</sup>.

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 internacionales<sup>5</sup>.

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 mismo<sup>6</sup>.

### 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

<sup>6</sup> 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—<sup>7</sup>.

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 asociación<sup>8</sup>, 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 naturaleza<sup>9</sup>.

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 jurídico<sup>10</sup>.

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 ordinaria<sup>11</sup>.

### 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 concepto<sup>12</sup>.

### 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”<sup>13</sup>. 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 intercultural<sup>14</sup>.

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 índole<sup>15</sup>.

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”<sup>16</sup>.

Para desarrollar esta temática nos remitiremos a la Teoría del “campo” 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*”<sup>17</sup>; 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 entendían<sup>18</sup>.

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 culminación<sup>19</sup>.

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 repetitiva<sup>20</sup>.

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. 171<sup>21</sup> 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 indígena<sup>22</sup>.

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 poblaciones<sup>23</sup>.

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”<sup>24</sup>.

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 consuetudinario<sup>25</sup>.

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”<sup>26</sup>.

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)<sup>27</sup>.

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”<sup>28</sup>.

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 futuras<sup>29</sup>.

Adicionalmente el Convenio 169 de la OIT consagra en varios de sus artículos la tutela del territorio y costumbres de estos pueblos ancestrales<sup>30</sup>.

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 comunal<sup>31</sup>. 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’<sup>32</sup>. 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”<sup>33</sup>.

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) Awas Tingni, supra nota 49, párrafo 148.

32 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párrafo 120 (citando Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas 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 futuras<sup>34</sup>.

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 económica<sup>35</sup>. 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 ecuatoriana<sup>36</sup>, 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 requisitos<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> 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”<sup>38</sup>. 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”<sup>39</sup>. 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 Fundamental<sup>40</sup> 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”<sup>41</sup>.

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)<sup>42</sup>.

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”<sup>43</sup>.

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 vacía<sup>44</sup>.

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-

---

<sup>44</sup> *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*, Ecuatorunari-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.



# La Justicia Indígena en el Ecuador

Rosa Cecilia Baltazar Yucailla\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Definición de justicia indígena. 2.1. Elementos de la justicia indígena. III. La justicia indígena a nivel de convenios y declaraciones internacionales. 3.1. Análisis del Convenio 107 y 169 de la OIT. 3.2. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. IV. Normativa nacional. 4.1. Autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional. 4.2. Ámbito territorial para la aplicación de la justicia indígena. 4.3. Garantías mínimas. 4.3.1. El derecho a la vida. 4.3.2. Derecho al debido proceso. 4.3.3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles. 4.3.4. Derecho a la no agresión física ni psicológica. 4.4. Participación de las mujeres. 4.5. La aplicación de la justicia indígena no contraria a la Constitución ni a los instrumentos internacionales. 4.6. Decisiones de la jurisdicción indígena respetadas por las instituciones y autoridades públicas. 4.7. Decisiones que estarán sujetas al control de constitucionalidad. 4.8. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada, Universidad San Francisco de Quito. Minor en Mediación y Arbitraje Internacional. Asesora Jurídica y Consultora en Derechos Humanos y Derecho Indígena, Derecho Ambiental y Contratación Pública. Correo electrónico: curibc1@hotmail.com.

## I. Introducción

Durante varias décadas, las nacionalidades y pueblos indígenas fueron sometidos a una estructura estatal uniforme que desconocía sus necesidades y visiones como seres humanos y los trataban únicamente como objetos, pues eran utilizados como animales de carga o mano de obra calificada. A pesar de estas limitaciones y exportaciones, las nacionalidades y pueblos indígenas mantenía sus prácticas ancestrales como el uso de medicinas tradicionales, la protección del ambiente, el idioma, sus creencias, su forma de organización social, política, la administración de justicia indígena, entre otros.

Esta práctica durante generaciones permitió a las nacionalidades y pueblos ir adquiriendo fuerza para enfrentar al Estado y lograr la reivindicación de sus derechos colectivos al amparo de los instrumentos internacionales.

De ese modo, las nacionalidades y pueblos lograron la reivindicación de sus derechos colectivos y el ejercicio de los mismos se hace posible conforme lo establecido en la Constitución de 1998, por lo que en el tema de la justicia indígena las autoridades en uso de los procedimientos ancestrales solucionan conflictos que afecten la armonía de los miembros.

Sin embargo, surgen nuevas demandas de las nacionalidades y pueblos para el fortalecimiento de los derechos colectivos, entre estas la justicia indígena; en tal virtud la Constitución de 2008 incorpora nuevas garantías que permitan a las autoridades indígenas un mejor ejercicio de la función jurisdiccional.

## II. Definición de justicia indígena

El derecho indígena comprende "los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses"<sup>1</sup>.

"La justicia ancestral es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas de abuelos y abuelas:

---

1 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala*, México, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, No. 1-2, 1998, p. 1.

una visión basada en los derechos cósmicos, transmitida de generación en generación"<sup>2</sup>.

De las dos definiciones anteriores podemos establecer que la justicia indígena es el sistema legal para solucionar conflictos que afecten la armonía y estabilidad de las nacionalidades y pueblos del Ecuador.

Este sistema en ocasiones es conocido como derecho mayor, justicia tradicional, derecho consuetudinario, derecho originario y ley indígena.

Sin embargo de las definiciones mencionadas, existen personas que por desconocimiento relacionan el sistema legal indígena con la justicia por mano propia, lo cual es un equívoco, pues "la justicia por mano propia o linchamiento es una reacción de venganza frente a la falta de acceso a la justicia, a la falta de protección por las autoridades, lo cual los lleva a ocasionar graves violaciones de derechos humanos, llegando hasta el asesinato"<sup>3</sup>.

En cambio, la justicia indígena se centra en la búsqueda de la rehabilitación y la reinserción de la persona que cometió el delito, para esto las autoridades indígenas aplican procedimientos consuetudinarios reconocidos y aceptados por las nacionalidades y pueblos indígenas.

Estas características importantes incluso lo difieren de la justicia ordinaria, toda vez que la "justicia indígena es más económica, más ágil, más eficiente, se centra menos en la privatización de la libertad como castigo y pone énfasis en la reparación de las víctimas, la conciliación de las partes para lograr la armonía en la convivencia comunitaria"<sup>4</sup>.

La justicia indígena comprende que el culpable es más útil a la sociedad cuando está en goce de su libertad, por ejemplo: en caso de robo el responsable del delito debe trabajar para reponer la pérdida; en lesiones graves por peleas, el culpable asume el costo médico hasta que la víctima se recupere; incluso en los casos más graves como el asesinato el responsable del delito no va a la cárcel pues como castigo debe trabajar para la manutención de la viuda, los hijos o hijas si los hubiere, de modo que esta persona será un referente para el resto de los miembros de la nacionalidad o pueblo indígena,

2 Canqui, Elisa, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p. 64.

3 Lang, Miriam, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p. 10.

4 *Ibid.*, p. 11.

pues antes de cometer el delito deberán pensar en las sanciones a las cuales deberán someterse<sup>5</sup>.

## 2.1. Elementos de la justicia indígena

La justicia indígena tiene elementos esenciales propios del sistema, por lo que es importante estudiar cada una de ellas de acuerdo con el siguiente detalle:

*Milenario.* Las nacionalidades y pueblos indígenas desde antes de la llegada de los españoles se regían por el sistema tradicional, pues hay que recordar que los incas y los ingas contaban con normas de convivencia que les permitía interrelacionarse. De este modo podemos afirmar que la justicia indígena es un sistema milenario, pues ha persistido por generaciones y hoy es aplicado por las nacionalidades y pueblos.

*Colectiva.* La justicia indígena es un sistema colectivo, pues en su aplicación y ejercicio se cuenta con la participación de las familias y en sí de todos los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, por lo cual el sistema no pertenece a ciertos dirigentes o a ciertos líderes sino a toda la colectividad indígena.

*Sistema en permanente evolución.* La justicia indígena -sin dejar de lado la filosofía de su existencia- se encuentra en constante proceso de avance y desarrollo, pues su ejercicio y aplicación debe ser de acuerdo con la realidad de las nacionalidades y pueblos indígenas.

*Es ágil, oportuno y dinámico.* La aplicación de la justicia indígena es ágil, oportuna y dinámica porque es inmediata y beneficiosa aun en los conflictos graves o complicados, pues se busca solucionar el problema para la armonía de las nacionalidades y pueblos.

*Justo.* Aunque lo justo para unos puede ser injusto para otros, con el objetivo de lograr la armonía de las nacionalidades y pueblos indígenas, la colectividad de manera participativa e imparcial busca emitir la resolución adecuada para que su ejecución sea posible por el sancionado, sin que se tengan resentimientos posteriores que puedan generar problemas colaterales.

5 Cfr. "UNIFEM y las mujeres andinas, Informe de trabajo 2007-2008", Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Editorial UNIFEM, Quito, 2008, p. 8.

*Oral.* Las nacionalidades y pueblos indígenas no cuentan con códigos ni textos escritos en la aplicación de la justicia indígena, la oralidad ha sido el medio de comunicación durante generaciones para instruir y educar a los descendientes para un nuevo reto.

*Gratuita.* En la aplicación de la justicia indígena participan los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, que buscan imponer las sanciones adecuadas y restablecer la armonía, por lo que no existe un interés económico sino el interés por el bien común.

### **III. La justicia indígena a nivel de convenios y declaraciones internacionales**

Los instrumentos internacionales han jugado un papel importante en la lucha de los pueblos y nacionalidades indígenas por la reivindicación de sus derechos colectivos, es por ello importante analizar algunos instrumentos pues sus aportes fueron grandes frente al sistema Estatal que hasta hace algunos años no aceptaba la existencia de la diversidad cultural, étnica, social, política, religiosa y jurídica.

#### **3.1. Análisis del Convenio 107 y 169 de la OIT**

La evolución de los instrumentos internacionales en la protección de los derechos humanos, permitió que surjan normativas que consagren los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, así apareció el Convenio 107 de la OIT de 1957, con un lineamiento abiertamente integracionista, conforme lo establecía el artículo 2 numeral 1: "Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países".

Este instrumento permitió el desarrollo de las nacionalidades y pueblos, al reconocer el derecho consuetudinario para la aplicación de la justicia indígena tanto en conflictos internos como externos, esta última se observaba para los casos en que el acusado sea un miembro de la comunidad, pues para la administración de la justicia ordinaria sobre un indígena fue importante

observar la realidad cultural del pueblo, además del respeto al debido proceso. Este instrumento hablaba también sobre la propiedad colectiva o individual de los pueblos indígenas que debían ser protegidos y respetados por los Estados Parte del Convenio.

Posterior a esa normativa aparece un nuevo instrumento jurídico que limita el pensamiento integracionista<sup>6</sup> y se enfoca en la aceptación de la diversidad dentro de un Estado.

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes reemplazó sustantivamente a su predecesor y trajo conceptos adelantados, que permitan mayor protección de los derechos indígenas. Además se empezó a delinear claramente la voluntad de hacer efectivo un reconocimiento pleno, incorporando a su texto el compromiso asumido por los Estados ratificantes de reconocer la existencia del derecho consuetudinario.

Así, el Convenio adoptó medidas de vital trascendencia, como las de consulta y participación, condiciones de trabajo, seguridad social, salud, educación y medio ambiente, con esta última especialmente se hace necesario que los Estados tomen en cuenta los perjuicios que se pueden generar en contra de la cosmovisión indígena al afectar su hábitat.

En el tema de administración de justicia indígena el Convenio reconoce los métodos propios en resolución de conflictos en las comunidades indígenas, con el único limitante de que no se vulneren los derechos humanos. El instrumento no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario a los casos civiles (Art. 8), pues no existe la clasificación por materias, sino que formula expresamente que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (Art. 9 inciso 1), con lo cual el Convenio 169 tampoco establece un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el Convenio es explícito en lo que respecta a los casos penales (Art. 9 numeral 2), expresando que los métodos de los pueblos indígenas deberán respetarse en el caso de miembros de dichos pueblos, pues es de vital importancia comprender el mundo indígena antes de establecer una sanción.

---

6 Pues este pensamiento preocupaba a las nacionalidades y pueblos, ya que en algún momento pudo haberse logrado la unificación de culturas mediante políticas.

Así el convenio es un instrumento internacional congruente y posibilita la protección de los derechos colectivos de manera efectiva.

### **3.2. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, evidentemente consagra los derechos colectivos para la aplicación de la justicia indígena, pues establece que las nacionalidades y pueblos "tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características, política, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado" (Art. 5).

Este instrumento internacional, mediante el (Art. 3) enfatiza en que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, y por ende pueden impulsar su propio desarrollo, mediante la determinación de su condición política, económica, social y cultura, de acuerdo con su realidad y necesidad.

Además, la Declaración establece que en "ejercicio del derecho a la libre determinación los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos", facultando así la aplicación de los conocimientos ancestrales que les permita mantener la armonía dentro de sus nacionalidades y pueblos (Art. 4).

Cabe mencionar que el instrumento tiene avances importantes en los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, para que los Estados Parte los observen y garanticen su pleno ejercicio. Por esta razón es que las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador demandan del Estado la aprobación de la Declaración mediante Ley.

## **IV. Normativa nacional**

Dentro del sistema nacional, la Constitución Política de la República es el instrumento jurídico que consagra los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador, ahora en una forma más amplia que

la Constitución de 1998, pues recoge propuestas que fueron presentadas en aquellas épocas como por ejemplo la plurinacionalidad, la oficialización de los idiomas, el derecho del ambiente, entre otros.

Así, el artículo 1 de la Constitución establece que el "Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laica" por lo que el Estado reconoce la existencia de varias nacionalidades y entiende que su aceptación no generará el surgimiento de nuevos estados dentro del Estado ecuatoriano como erróneamente se había interpretado ante las primeras propuestas presentadas por las nacionalidades y pueblos indígenas.

El artículo 2 determina que el "Castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fije la Ley", en este sentido los idiomas de las nacionalidades y pueblos son reconocidos, y se garantiza su uso en todas las actividades que realicen, por lo que ya no puede existir el maltrato o burla por parte de ciertos grupos, que al escuchar el diálogo entre indígenas decían: "hablarán en cristiano", por ignorancia, desconocimiento e incluso por racismo, pues para algunos hasta ahora es imposible aceptar la existencia de la diversidad dentro de un Estado.

Afortunadamente el desconocimiento de la ley no excusa a persona alguna por lo que es importante que todos observen y respeten los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos, pues esto evitará que se generen conflictos.

Otra de las demandas de los pueblos indígenas fue que en el marco constitucional se reconozca los derechos del ambiente, toda vez que de acuerdo con la cosmovisión indígena la Pacha Mama tiene vida, debe ser respetada y cuidada para el buen vivir de la humanidad, por lo que el artículo 10 del mismo cuerpo legal señala que "la naturaleza será sujeto de derechos que le reconozca la Constitución".

Este reconocimiento implica valorar al ambiente "jurídicamente como un interés supremo, en virtud del cual se establecerán deberes y obligaciones específicos para todas las autoridades del Estado y para los ciudadanos, límites en el ejercicio de ciertas actividades públicas y privadas, así como facultades o mecanismos para reclamar y exigir el cumplimiento de los preceptos sobre el ambiente"<sup>7</sup>.

7 Fundación Natura, *Propuesta de reformas a la Constitución del Ecuador en Materia Ambiental*, Editorial Fundación Natura, Quito, 2007, p. 5.



La disposición constitucional es fundamental pues se logrará la protección del ambiente, para la subsistencia de las presentes y futuras generaciones no sólo de las nacionalidades y pueblos indígenas, sino también de toda la sociedad ecuatoriana y, por qué no decirlo, del mundo.

Además de los derechos mencionados, la Constitución refuerza algunos derechos ya reivindicados en el 98, entre ellos está el de la justicia indígena, pues existen nuevas disposiciones que deben ser estudiadas.

En ese sentido, el numeral 9 del artículo 57 determina que los indígenas tienen derecho a "Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legítimamente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral". En concordancia con esta disposición tenemos el artículo 171 del mismo cuerpo legal, que señala:

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 y 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.

De lo descrito se entiende que las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen facultad para ejercer funciones de justicia, de acuerdo con las costumbres y tradiciones propias, dentro de las circunscripciones territoriales, haciendo uso de normas y procedimientos que permitan solucionar los conflictos y buscar la armonía de sus miembros. Con esta aclaración, es importante realizar un análisis concreto del artículo 171 de la Constitución.

#### 4.1. Autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional

Los miembros del Consejo de Gobierno de las nacionalidades y pueblos indígenas son las autoridades indígenas. Estas autoridades son electas por la asamblea general previo análisis riguroso de los perfiles que se requieren para cada uno de los cargos; de este modo el presidente, vicepresidente, tesorero, secretario y síndico del consejo deben ser personas honorables, reconocidas y respetadas por su capacidad, conocimiento, experiencia, honradez y liderazgo.

El Consejo de Gobierno es el responsable de la administración política, económica, social y cultural de la comunidad, pueblo o nacionalidad. Además de las facultades descritas, el Consejo está investido de la función jurisdiccional para actuar y resolver los conflictos que afecten la armonía de los miembros, aplicando procedimientos ancestrales que garanticen el respeto a los derechos consagrados en la Constitución.

De ese modo, la facultad de administrar justicia no incumbe únicamente a los jueces y magistrados sino también a las autoridades indígenas conforme lo que se determina en el artículo 171 y el numeral 9 del artículo 57 de la Constitución.

Las autoridades indígenas de acuerdo con la gravedad de los conflictos tienen su nivel de participación, por ello en algunas nacionalidades y pueblos se habla de tres instancias a las cuales pueden acudir las víctimas o las partes en la búsqueda de una resolución justa.

El primer nivel de autoridades está conformado por los abuelos, padres, hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio y bautismo, que intervienen en conflictos más familiares como problemas conyugales, chismes e insultos. Hay que recordar que para la concepción indígena la presencia del abuelo es fundamental en la resolución del conflicto familiar, por los sabios consejos que pueden impartir a las partes. La participación de los padrinos también es importante en el sector indígena, por esto es por lo que para el bautismo y matrimonio las parejas realizan un análisis previo de los antecedentes de los futuros padrinos o compadres, toda vez que deben ser personas que generen respeto y admiración por sus buenas actitudes y formas de convivencia comunitaria.

El segundo nivel de autoridades está integrado por los miembros del Consejo de Gobierno de la comunidad<sup>8</sup>, los que conocen conflictos de robo,

8 De acuerdo con el sistema republicano las nacionalidades y pueblos indígenas se vieron en la necesidad de organizarse por comunidades conocidas como "[t]odo centro poblado que tenga la categoría de

hurto, accidentes de tránsito, divorcio e incluso asesinatos; en la resolución del problema se cuenta con la participación activa de la asamblea cuyos miembros están vigilantes a que se respete el debido proceso y no se cometan errores que puedan afectar a las partes. Es importante mencionar que el día de la ejecución de la sanción, se cuenta con la participación de todos los miembros de la comunidad incluso con los jóvenes, la presencia de estos últimos es fundamental pues ellos deben conocer las consecuencias de incurrir en faltas que afecten la armonía de su comunidad.

En el tercer nivel están los miembros del Consejo de Gobierno en la escala de las nacionalidades y pueblos. Se llega a esta etapa cuando el conflicto no pudo ser resuelto en la segunda instancia, o cuando surgen conflictos entre dos o más comunidades pertenecientes a un mismo pueblo o nacionalidad; en la resolución del conflicto participan las asambleas de las comunidades junto con sus respectivas autoridades.

#### 4.2. **Ámbito territorial para la aplicación de la justicia indígena**

Desde antes de la reivindicación de los derechos colectivos, las nacionalidades y pueblos indígenas han aplicado la justicia indígena dentro de su ámbito territorial conocido como el lugar donde se desarrolla la convivencia comunitaria y se aplica los conocimientos ancestrales que permitan la armonía de todos los miembros.

Conforme a lo consagrado por la Constitución y los instrumentos internacionales, las autoridades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional pueden aplicar la justicia indígena dentro del ámbito territorial que no puede entenderse únicamente como la comunidad perteneciente a una nacionalidad o pueblo de la selva o páramo, sino también a la de los sectores en donde habitan los indígenas en las ciudades, pues todos son sujetos de los derechos colectivos.

La definición de territorialidad que establece el Convenio 169 en su artículo 13 inciso segundo, al hablar del hábitat incluye espacios físicos que

---

parroquia, que existiere en la actualidad o que se estableciere en lo futuro, y que fuere conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad, o cualquiera otra designación, llevará el nombre de comuna", artículo 1 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificación 2004-04, Internet, <http://www.americanlaw.ec/online/laws/comunas.pdf>, Acceso: 2 octubre 2009.

no son ocupados exclusivamente por los pueblos indígenas sino también de lugares a los cuales hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades económicas y culturales.

En ese sentido, se puede hablar de la aplicación de la justicia indígena en las grandes ciudades como Quito y Guayaquil, toda vez que fruto de la migración los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas habitan en las ciudades en donde realizan sus actividades económicas y culturales, y se gobiernan por autoridades indígenas escogidas con las mismas metodologías ancestrales.

### **4.3. Garantías mínimas**

Las autoridades indígenas y la Asamblea de las Nacionalidades y Pueblos en la Resolución de los Conflictos en Aplicación de los Procedimientos Ancestrales, observan las garantías mínimas indispensables consagradas en los instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los Convenios 107 y 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Cada nacionalidad y pueblo, de acuerdo con sus procedimientos ancestrales resuelven los conflictos sin violentar las siguientes garantías:

#### **4.3.1. El derecho a la vida**

Es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado bajo ningún argumento político, social, cultural o jurídico. Dentro de la justicia indígena no existe sanciones que atenten contra la vida del culpable, por lo que incluso en los casos más graves las autoridades buscan la rehabilitación verdadera de la persona con sanciones que le permitan resarcir los daños causados a las víctimas. Las nacionalidades y pueblos conocen que la vida es un derecho primordial y que no puede ser privada por nadie.

### 4.3.2. Derecho al debido proceso

Con el objetivo de que se protejan los derechos humanos y fundamentales del imputado y de la víctima, en todo proceso las autoridades indígenas en uso de los conocimientos ancestrales precautelan los derechos consagrados en los pactos, convenios y declaraciones internacionales.

El imputado tiene protecciones jurídicas necesarias para que en todas las etapas del proceso hasta llegar al juzgamiento se le respeten sus derechos, conforme a lo que dispone el artículo 14 del PIDCP.

Art. 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley<sup>9</sup>.

Del mismo modo, la víctima tiene derecho a que se le provea todos los recursos efectivos para solucionar sus reclamos, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 2, numeral 3 del PIDCP:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>9</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entrado en vigor: 23 marzo 1976.

Además de esas disposiciones legales las autoridades indígenas conocen que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración obliga al Estado a vigilar para que se respete el debido proceso, pues las partes deben contar con un recurso efectivo y ser oídas con las debidas garantías.

En nuestra Constitución el debido proceso está consagrado en el artículo 76, y debe ser de obligatorio cumplimiento para las autoridades que administran justicia.

Sin embargo, es necesario aclarar que dentro del derecho indígena la protección al debido proceso será de acuerdo con la práctica consuetudinaria, pues ésta no puede acoplarse a todo lo determinado por el artículo 76 de la Constitución, ya que de lo contrario se llegaría a desconocer la aplicación de la justicia indígena al limitar sus procedimientos; es por esto por lo que entre las garantías consagradas por el derecho indígena tenemos: presunción de inocencia (numeral 2), y del numeral 7 los literales correspondientes a derecho a la defensa (literal a), contar con el tiempo y medios para preparar su defensa (literal b), ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad (literal c), someterse a procedimientos públicos (literal d), ser asistido gratuitamente por su traductor (literal f), replicar los argumentos de otras partes (literal h), no ser juzgado dos veces por una misma causa (literal i), y contar con una resolución motivada (literal l).

Adicionalmente, en el período de privación de la libertad, acto que no es común en la justicia indígena como ya se ha mencionado, se observa las garantías establecidas en el artículo 77 del mismo cuerpo legal. Así, dentro de la justicia indígena los acusados tienen derecho a conocer las razones de su detención (numeral 3), a comunicarse con sus familiares (numeral 4), no ser incomunicado (numeral 6), recobrará la libertad de manera inmediata al no existir responsabilidad (numeral 10).

De ese modo, las autoridades indígenas en la administración de la justicia indígena observan el derecho al debido proceso, pero siempre de acuerdo con los principios consuetudinarios; no es posible someter la justicia indígena a ningún sistema occidental, pues se limitaría el derecho indígena. Es por esto por lo que para establecer la responsabilidad sobre autoridades indígenas por posibles violaciones a las garantías al debido proceso, se deberá hacer un análisis de acuerdo con la justicia indígena de la comunidad, pueblo o nacionalidad, sus formas y procedimientos de aplicación, pues cada una tiene su propia característica especial.

### 4.3.3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la administración de justicia observan el derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles en todos los procesos de resolución de conflictos, no aceptan la existencia de violación de los principios internacionales.

Las nacionalidades y pueblos durante la época de la colonia y parte de la república fueron sujetos a la esclavitud por lo que conocen sus consecuencias y perjuicios y por ello están vigilantes para que no se repitan los atropellos a los derechos colectivos.

La vulneración a los derechos colectivos existía en aquellas épocas en las cuales los indígenas no eran considerados como sujetos de derechos sino como objetos, por lo que servían únicamente para trabajar y obedecer a los patrones, pues se dedicaban "exclusivamente al trabajo manual"<sup>10</sup>.

### 4.3.4. Derecho a la no agresión física ni psicológica

Este derecho ha sido objeto de cuestionamiento por la sociedad y las instituciones protectoras de derechos humanos, pues señalan que en la aplicación de la justicia indígena existe agresión física y psicológica, sin embargo es importante comprender que todas las sanciones establecidas en la administración de justicia indígena se orientan a la rehabilitación de la persona y su reinserción en la sociedad, por lo que no se puede hablar de la afectación a los derechos humanos sino más bien de precautelar los derechos del culpable al no someterlo a la justicia ordinaria en la cual tenga que ser privado de su libertad.

De ese modo es fundamental entender que el uso del látigo, la ortiga y el agua sirven para la purificación y regeneración del ser humano, quien por influencias de fuerzas negativas cometió un delito que afectó la armonía de las nacionalidades y pueblos.

---

10 Ayala Mora Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001, p. 42.

#### 4.4. Participación de las mujeres

La presencia de las mujeres dentro de la administración de justicia indígena es fundamental, pues representan el eje de la resistencia y la continuidad de la cultura, siendo por naturaleza las portadoras y transmisoras de la historia y los saberes a las nuevas generaciones<sup>11</sup>.

En la lucha por la reivindicación de los derechos colectivos, la participación de las mujeres ha sido importante pues al igual que Tránsito Amaguaña y Dolores Cacuango han encabezado las marchas y protestas para que el Estado reconozca la existencia de la diversidad.

De ese modo las mujeres participan en las resoluciones para el beneficio de las colectividades, por lo que son miembros de los consejos de gobiernos de las nacionalidades y pueblos y, al igual que los hombres, pasan por el análisis riguroso que realiza la asamblea.

Al ser parte del consejo de gobierno las mujeres también participan en la aplicación de la justicia indígena, ya con una visión más incluyente; las resoluciones son más equitativas pues no hay direccionamientos a favor del hombre o de la mujer.

El papel de la mujer en la justicia indígena es sumamente importante por dos aspectos particulares:

a) La justicia indígena no es una norma escrita sino un sistema registrado en la memoria, por lo que las mujeres mediante la oralidad transmiten sus conocimientos de generación en generación para que se mantengan las prácticas ancestrales.

b) La justicia indígena es una normativa procedimental que tiene sus etapas de investigación para encontrar la evidencia, implicando la participación de la familia y la comunidad; en estas etapas la mujer desde una visión diferente a la del hombre realiza una investigación más amplia y verídica<sup>12</sup>.

Además, las mujeres por sus conocimientos ancestrales, participan en la ejecución de las sanciones pues son quienes se encargan de realizar los rituales sagrados para la purificación del sujeto.

11 Canqui, Elisa, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Editorial UNIFEM, Quito, 2009, p. 58.

12 *Ibid*, p. 65.



#### **4.5. La aplicación de la justicia indígena no contraria a la Constitución ni a los instrumentos internacionales**

La aplicación de la justicia indígena por las nacionalidades y pueblos se rige por los principios internacionales y constitucionales, es por esto por lo que existen garantías mínimas a ser observadas en los procesos. Las nacionalidades y pueblos de acuerdo con sus conocimientos ancestrales resuelven los conflictos siempre en beneficio de sus miembros y sus colectividades de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

#### **4.6. Decisiones de la jurisdicción indígena respetadas por las instituciones y autoridades públicas**

Luego de varios conflictos entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, el Estado determina que es importante el reconocimiento de las decisiones de las autoridades indígenas por parte de las instituciones y autoridades públicas. Con esta regulación se busca limitar la vulneración de uno de los principios internacionales consagrados incluso por la Constitución en su literal i, artículo 56: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por una misma causa o materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".

Toda vez que el desconocimiento de las autoridades públicas sobre la filosofía de la aplicación de la justicia indígena hacía que la justicia ordinaria nuevamente intente iniciar el proceso, vulnerando así el derecho del acusado que ya había sido sancionado por la autoridad indígena, esto era más común en los asuntos penales, pues lo que le interesaba a la justicia ordinaria era encarcelar al culpable a pesar de que el sujeto haya cumplido con su pena y se haya recuperado la armonía de las nacionalidades y pueblos.

En ese sentido, el reconocimiento es fundamental para la resolución de todos los conflictos incluso para los procesos penales, pues como se había establecido lo que busca la justicia indígena es la rehabilitación del culpable mediante sanciones efectivas que limiten la reincidencia del sujeto o la ejecución de otros delitos peores que afecten la armonía de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Por esas razones, cabe mencionar que las instituciones y autoridades previas a tomar acciones frente a las denuncias o demandas presentadas por los miembros de las nacionalidades y pueblos, deberán verificar si el caso fue conocido por las autoridades indígenas, pues al aceptar el proceso y volver a resolver sobre una misma causa vulnerará los derechos colectivos y el principio internacional.

Las autoridades públicas deben tener presente lo establecido por el literal c) del artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial: "Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento".

Con lo determinado por la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial, las instituciones y autoridades públicas deben garantizar el respeto y cumplimiento de las decisiones emitidas por las autoridades indígenas.

#### **4.7. Decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad**

Las resoluciones emitidas por las autoridades indígenas se ejecutan de manera inmediata o progresiva de acuerdo con la gravedad del conflicto que se haya resuelto; estas resoluciones pueden ser sujetas al control constitucional cuando el culpable o la víctima sienta que fue perjudicado con la resolución. En el proceso del control constitucional es fundamental que los magistrados sean entendidos en los temas del derecho indígena de cada una de las nacionalidades y pueblos, pues cada una tiene principios y procedimientos de acuerdo con su cosmovisión.

Únicamente los magistrados que entiendan y conozcan las visiones indígenas podrán realizar un contrato constitucional acorde a los principios y necesidades de las nacionalidades y pueblos. De lo contrario los magistrados podrían vulnerar los derechos colectivos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales, pues si no conocen la filosofía indígena, el porqué y para qué de la aplicación de la justicia indígena en cada una de las nacionalidades y pueblos, lo único que establecerán es que la resolución emitida por las autoridades indígenas viola los derechos constitucionales.

En ese sentido el que se realice el control constitucional en un principio no está mal, siempre que los que realicen el control sean personas

que entiendan la cosmovisión indígena, por esto es fundamental que en la Corte Constitucional se cuente con una sala especializada en temas de derechos colectivos, al igual que existen salas para materias de la justicia ordinarias.

La sala que conozca los derechos colectivos estaría conformada por profesionales indígenas que entiendan las tradiciones y costumbres de las nacionalidades y pueblos indígenas en la aplicación de la justicia indígena.

#### **4.8. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria**

Si bien cada sistema tiene su propio procedimiento es importante mencionar que es necesaria la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria; en esta línea el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 343, 344, 345 y 346 establece directrices que deben ser observadas por las autoridades públicas.

En el marco del desarrollo de esta coordinación entre los dos sistemas, es fundamental que la justicia ordinaria observe de manera precisa lo señalado por el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial: "La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

- d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,
- e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales".

La coordinación entre los dos sistemas permitirá fortalecer a las autoridades indígenas y a las nacionalidades y pueblos, pues en el desarrollo se pueden incluso avanzar con las siguientes acciones:

- a) Compartir información en los casos de denuncias o demandas para que ninguno de los dos sistemas vulnere el principio internacional de que nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa.
- b) Participación de la fuerza pública en la detención de los culpables del delito.
- c) Presencia de las autoridades indígenas en la aplicación de la justicia ordinaria sobre uno de los miembros de la nacionalidad o pueblo, esto para garantizar lo determinado por el numeral 1 del artículo 8 del Convenio 169, "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario" y también lo señalado por el numeral 2 del artículo 9 del mismo cuerpo legal: "las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".

## V. Conclusión

En conclusión, podemos establecer que de acuerdo con las demandas de las nacionalidades y pueblos indígenas, la Constitución de la República en observancia a los instrumentos internacionales fortalece los derechos colectivos

y entre estos la justicia indígena que tiene varios avances importantes para que las autoridades indígenas en uso de su potestad jurisdiccional administren justicia de acuerdo con los procedimientos consuetudinarios sin afectar los principios internacionales ni la Constitución.

## VI. Bibliografía

### Doctrina

Ayala Mora, Enrique, *"Resumen de Historia del Ecuador"*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001.

Canqui, Elisa, *"Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral"*, Editorial UNIFEM, Quito, 2009.

Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, "UNIFEM y las mujeres andinas, Informe de trabajo 2007-2008", Editorial UNIFEM, Quito, 2008.

Fundación Natura, *"Propuesta de reformas a la Constitución del Ecuador en Materia Ambiental"*, Editorial Fundación Natura, Quito, 2007.

Lang, Miriam, *"Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral"*, Editorial UNIFEM, Quito, 2009.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *"El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala"*, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, No. 1-2, México, 1998.

### Normativa Nacional

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544, 9 marzo 2009.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 octubre 2008.

Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificación 2004-04, Internet, <http://www.americanlaw.ec/online/laws/comunas.pdf>, Acceso: 2 octubre 2009.

## **Normativa Internacional**

Carta de las Naciones Unidas, 24 octubre 1945.

Convenio 107 de la OIT, Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1975.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, 13 septiembre 2007.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, 16 diciembre 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre 1966. Entrada en vigor: 23 marzo 1976.

# Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el Proyecto de Ley Coordinación y Cooperación entre los Sistemas Jurídico Ordinario e Indígena

Carlos Poveda Moreno\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Denominación del Proyecto de Ley. III. Acervo jurídico fundamental para motivar el proyecto de Ley. IV. Objeto y ámbito del proyecto de Ley. V. Desarrollo de principios. 5.1. Pluralismo jurídico. 5.2. Igualdad. 5.3. Supremacía constitucional y aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República del Ecuador. 5.4. Principio de interpretación intercultural. 5.5. Principios interculturales (Diversidad étnica - cultural). 5.6. Jurisdicción y competencia. 5.7. Tratamiento y valor de los instrumentos escritos originados. 5.8. Antropólogos jurídicos, fiscales indígenas y jueces (as) indígenas. 5.9. Consulta previa y obligatoria. 5.10. Cooperación del Estado con el sistema jurídico indígena. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

---

**Fundación científica del racismo.** Raza caucásica se llama, todavía, la minoría blanca que ocupa la cúspide de las jerarquías humanas. Así fue bautizada, en 1775, por Johann Friedrich Blumenbach. Este zoólogo creía que el Cáucaso era la cuna de la humanidad, y que de allí provenían la inteligencia y la be-

---

\* Doctor en Jurisprudencia otorgado por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Procesal otorgado por la Universidad Andina “Simón Bolívar” de la ciudad de Quito. Ex Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi. Profesor de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, FLACSO sede

lleza. El término se sigue usando, contra toda evidencia, en nuestros días. Blumenbach había reunido doscientos cuarenta y cinco cráneos que fundamentaban el derecho de los europeos a humillar a los demás. La humanidad formaba una pirámide de cinco pisos. Arriba, los blancos. La pureza original había sido arruinada, pisos abajo, por las razas de piel sucia: los nativos australianos, los indios americanos, los asiáticos amarillos. Y debajo de todos, deformes por fuera y por dentro, estaban los negros africanos. La ciencia siempre ubicaba a los negros en el sótano. En 1863, la sociedad Antropológica de Londres llegó a la conclusión de que los negros eran intelectualmente inferiores a los blancos, y sólo los europeos tenían la capacidad de humanizarlos y civilizarlos. Europa consagró sus mejores energías a esta noble misión, pero no tuvo suerte. Casi un siglo y medio después, en el año 2007, el estadounidense James Watson, premio Nobel de Medicina, afirmó que está científicamente demostrado que los negros siguen siendo menos inteligentes que los blancos<sup>1</sup>.

## I. Introducción

La actual Constitución de la República del Ecuador<sup>2</sup>, al igual que lo hizo la anterior de 1998 en lo que respecta a la vigencia de la jurisdicción indígena ha dejado el mandato de la creación de la Ley de compatibilización o de coordinación entre los dos sistemas jurisdiccionales, el ordinario e indígena.

---

Ecuador (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales), Indoamérica, Universidad Estatal de Cuenca. Ex becario de la Escuela Judicial de España (Barcelona). Consultor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI). Experto de la Fundación PRIVA.

1 Galeano, Eduardo, *“Espejos, una historia casi universal”*, Editorial Siglo XXI, 2008, p. 40.

2 Artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador: “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 artículo 191 inciso uarto de la Constitución Política del Ecuador de 1998 decía: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.



Han pasado aproximadamente once años y la intención de elaborar una ley aún no se ha vislumbrado, sin embargo, no significa que no haya existido intentos de regular este tipo de sistemas jurídicos ancestrales<sup>3</sup>, denominación que me parece más correcta y justa, sino que ha faltado decisión política de los actores claves para la expedición de un cuerpo normativo.

Ya ocurrió antes, cuando hablar de derechos colectivos y sobre todo del reconocimiento del derecho consuetudinario causaba estupor, rabia y hasta actitudes xenofóbicas, que emitían un discurso de crear un Estado paralelo al que consagraba como única verdad el *monismo jurídico*.

También ha transcurrido más de siete años, cuando en ejercicio de la función de Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi tuve la oportunidad de declarar la nulidad de una investigación realizada por uno de los Agentes Fiscales de la provincia de Cotopaxi en el caso denominado “La Cocha”<sup>4</sup>, y resolver que ningún individuo ecuatoriano podía ser procesado más de una vez por la misma infracción.

Durante este tiempo, hemos debatido a veces, coincidiendo puntos de encuentro en un verdadero diálogo intercultural, otras, en enfrentamientos

3 Nota de Raquel Irigoyen citada por Gina Chávez y Fernando García en el libro titulado *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO sede Ecuador, Quito, 2004, p.17.

4 Auto interlocutorio emitido con fecha 10 de septiembre de 2002, en mi calidad de Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi encargado del Tercero. Se trata de uno de los primeros enjuiciamientos que se produjeron con la instauración del denominado sistema acusatorio, el delito que se conoció fue por muerte de Maly Latacunga por Juan, Nicolás y Jaime Cuchiparte. Esta infracción antes de que tuviera conocimiento el Agente Fiscal, doctor Iván León, fue conocida y resuelta por el Cabildo La Cocha de la parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Cuando se evacuó la audiencia preliminar, el Defensor Público de ese entonces, doctor Jorge Arguello Pasquel en la primera parte de la audiencia solicitó que declarará la nulidad de todo lo actuado por cuanto la comunidad había solucionado el conflicto interno, con la imposición de castigos y la indemnización a la viuda de Maly Latacunga y sus hijos. Acepté la petición y emití la resolución de nulidad para lo cual se reconoció la decisión del Cabildo, sin embargo el Fiscal apeló ante una de las Salas de la ex Corte Superior de Justicia de Latacunga y revocó mi decisión, “ordenando” que el juez titular, doctor José Luis Segovia Dueñas emitiera el auto de llamamiento a la etapa de juicio, así lo hizo, pero hasta la presente fecha se encuentra suspendido, aunque debería en poco tiempo proceder a la prescripción de la acción penal pública. De ahí en adelante —independientemente de la persecución de uno de los ex Ministros de la Corte Superior de Justicia de Latacunga que ya no se encuentra en funciones— se produjo un debate que hasta ahora no concluye, para una minoría, aquella que piensa que no debe reconocerse facultades jurisdiccionales sobre todo en lo penal para “*los indios de este país*”.

que minimizan las costumbres y el derecho indígena; otras más radicales, sosteniendo que se trata de una esnobismo que técnicamente no existe.

Creo que la época de los debates, increpaciones, amenazas, etc., están pasando y ahora nos enfrentamos a una realidad que ha ido cambiando, e inclusive incorporando garantías fundamentales únicas en Latinoamérica como por ejemplo el contemplado en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, que señala: *“Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”*.

Cuando expedí la resolución en el caso referido anteriormente, hubiera ansiado fervientemente que haya existido esta disposición constitucional para haber mejorado mi motivación y fundamentación, sin embargo uno se adecua en el tiempo a lo que tiene y esa decisión tuvo ingredientes jurídicos, que por ventaja la historia ha ido contemplado en nuestra legislación interna.

Hoy, inclusive el Código Orgánico de la Función judicial<sup>5</sup> trae consigo los métodos de interpretación intercultural, la declinación de competencia a favor de las autoridades indígenas, etc., y el Proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>6</sup>, la acción extraordinaria de protección que pueden presentarse en contra de las resoluciones expedidas por este tipo de autoridades; es decir, el avance de estos temas en más de una década ha sido obtenido progresivamente por quienes en determinado momento nos embarcamos en una quimera que hoy se hace realidad<sup>7</sup>.

Por lo tanto, este pequeño aporte se verifica y se atreve a dar un paso más, el de diseñar o bosquejar reflexiones e ideas que podría considerar un

5 Artículo 24, Título VIII “Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria”, artículos 343, 344, 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial. R.O. –S 544: 9-marzo-2009.

6 Se prevé el desarrollo de la disposición contemplada en el artículo 94, 171, 437, 438, 439 y 440 de la Constitución de la República del Ecuador.

7 Cfr. Recuerdo las palabras de mi amigo y ex profesor de la Escuela Judicial de España Antonio Doñate Martín, cuando hablaba del “Juez Utópico” para definir parafraseando con Eduardo Galeano quien decía: en la obra *“las palabras andantes” recrean las palabras de un amigo sobre la utopía: “Ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar”*. Un juez utópico, un juez que camina guiado por esa utopía llamada justicia constitucional.

Proyecto de Ley de coordinación y cooperación; claro está que siendo respetuoso con la consulta obligatoria a los pueblos y nacionalidades indígenas, podría restringirse exclusivamente a un intento, nada más.

## II. Denominación del Proyecto de Ley

A veces reparamos muy poco en el denominación de los proyectos de ley y desarrollamos temáticas que a veces constituyen excesivas expectativas o en su defecto, contenidos que no guardan relación con la definición inicial propuesta.

Por ejemplo en Bolivia la nueva Constitución denomina a la fase legislativa de coordinación y cooperación como: *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, que significaría poner límites tanto internos como externos entre estos dos tipos de formas de administración de justicia, es una especie de demarcar territorios como una propuesta más radical. El anterior cuerpo constitucional (1991) denominaba como *Ley de coordinación entre la jurisdicción especial con su poder judicial*.

La Constitución de Colombia también denomina a este mandato como *Ley de Establecimiento de Formas de Coordinación de esta Jurisdicción Especial con el Sistema Judicial Nacional*. Claro está, que hasta el momento es el único país que ha enriquecido esta temática con el inconmensurable y decidido apoyo de la Corte Constitucional, que ha servido para Latinoamérica como un eje de obligatoria consulta en este aspecto, llegando a no requerir de un desarrollo legislativo, sino de precedentes jurisprudenciales que ha eclosionado en estándares de diferenciación y en métodos de interpretación intercultural<sup>8</sup>.

En Guatemala con el propósito de fortalecer *la seguridad jurídica de las comunidades indígenas*, se ofrece promover el desarrollo legislativo de normas legales que reconocen el derecho indígena siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales.

En México se reconoce los sistemas normativos y la solución de los conflictos internos, igualmente respetando los principios constitucionales, pero

8 Ver Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-188/93, SU.3813/03, T-324/94, T-496/96, SU-039/97, T-214/97, SU-510/98, T-652/98, T-601/01, T-009/07, T-013/09, entre otras.

lo paradójico de este reconocimiento se encuentra en el establecimiento de un mecanismo de *validación* para los jueces y tribunales de las comunidades originarias.

El fenómeno perceptible que se verifica es el de imponer una cultura jurisdiccional por encima de otra, es decir, al prever que se validará un mecanismo sobre otro, también estamos aceptando que existe una cultura superior que debe revisar y aprobar las decisiones emitidas en las comunidades.

Por un lado, tal vez saludable para el entorno mexicano es el de reconocer a las autoridades como jueces y este reconocimiento se advierte en la práctica, pero sus resoluciones se encuentran a la espera de que un juez de carácter ordinario acepte; situaciones que en la práctica limitan la competencia y el poder juzgar.

El artículo 2 numeral primero del Convenio 107<sup>9</sup> sobre poblaciones indígenas y tribales, cometía un error de subsunción al desarrollar la preocupación de que en la práctica los Estados deben protección a las poblaciones originarias y a su *integración progresiva en la vida de sus respectivos países*. Es decir se superpone la superioridad de una cultura sobre otra, como si se tratara de jerarquización normativa.

Con la creación de las Fiscalías Indígenas al interior de la Fiscalía General del Estado y analizando el contenido de la carga discursiva de sus titulares, también se envía aquel mensaje, donde se sostiene que esta esfera investigativa tiene como propósito integrar a las comunidades indígenas al sistema ordinario de administración de justicia, desconociendo que los dos poseen autonomía y competencia exclusiva en los casos sometidos a cada una de sus jurisdicciones.

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador asevera que además de un modelo de Estado de justicia y derechos, tenemos uno Inter-cultural y Plurinacional, directriz que debe conllevar a la creación y mantenimiento de las instituciones del Estado en una doble visión, ordinaria y

9 Aprobado por la OIT (Organización Internacional del Trabajo) el 5 de junio de 1957. *Cfr.* Por lo general la pregunta frecuente es la de mencionar el motivo por el cual los derechos de los pueblos indígenas se encuentran aún en instrumentos internacionales de trabajo, y la respuesta es sencilla: por cuanto este mecanismo internacional que apareció antes de las Naciones Unidas, tenía como preocupación fundamental el trabajo de los migrantes indígenas que se encontraban en permanente abuso de sus derechos laborales.

originaria, así tenemos: salud formal y ancestral, educación formal y ancestral, economía formal y comunitaria, regionalización estatal y autónoma sobre la base de criterios de interculturalidad, etc.

En esa perspectiva, la plurinacionalidad no escapa de ser una propuesta de Estado constitucional de derecho pero en funcionamiento práctico, que debe tener la capacidad de resolver un sinnúmero de problemas no resueltos y otros que generen el reconocimiento de las diversidades en su sentido más amplio. Problemas tan básicos y a la vez tan complejos, como la interpretación de los principios y normas constitucionales en un estado plurinacional, el desarrollo de nuevos métodos de interpretación que den vida a la plurinacionalidad, el uso de los principios del derecho indígena, el uso del derecho comparado por parte de los jueces supremos, la interpretación constitucional a la luz de los principios del derecho indígena, las lógicas de la interpretación en la administración de justicia indígena, la real convivencia de varias lógicas de administración de justicia, el derecho de la naturaleza como parámetro para conseguir el equilibrio persona-comunidad-naturaleza; el principio del buen vivir como una lógica distinta al modelo desarrollista y capitalista, estos y otros temas que deben ser procesados por el Tribunal o Corte Constitucional e investigados por la academia<sup>10</sup>.

Parece que falta por entender que acerca *de las tensiones originadas en la diversidad étnica y la necesidad de plantear un “diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia que cubran los diferentes sistemas de valores”, se reafirma el criterio de privilegiar la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”, como única forma de lograr la supervivencia cultural*<sup>11</sup>.

Uno de los saltos más cualificados que se ha dado en la Constitución de la República del Ecuador, además de los ya señalados, es el de haber incorporado el artículo 171 dentro de la Función Judicial y no como se lo realizó

10 Llasag Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta Constitucional Emancipadora”, en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2008, p. 337.

11 Villar Borda, Luis, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 39.

en la Constitución de 1998, donde aparecía en el capítulo de los medios alternativos de solución de conflictos. Al lograr este aspecto, el criterio de compatibilizar se otorga en las mismas condiciones culturales y no en las de superioridad o de validez como en el caso mexicano.

Finalmente, en las constituciones de Nicaragua, Perú, Paraguay y Venezuela se menciona también la creación de una Ley de compatibilización.

Podemos entonces concluir que la dinámica y tendencia generalizada es la de hablar de una ley de compatibilización y coordinación, pero en lo que respecta al término *jurisdicción indígena* éste advertiría exclusivamente a una parte de la realidad originaria, que no simplemente se limita a aspectos de ejercer jurisdicción como efecto de sus prácticas, sino que esto conlleva a observar procedimientos de investigación, sanción y retorno al equilibrio, de manera ordenada y sistemática.

La competencia se basa no solamente en los aspectos penales, sino en todo tipo de materia, es decir la filosofía andina, amazónica, etc., recupera su modo de vivir desde un contexto general que apelar sólo al sentido de resolución de conflictos es menoscabar todo un modelo pluralista.

Jean G. Colvin expresa: “*Los artistas muchas veces dibujan las montañas con rostros, una reflexión de la visión indígena de que toda la naturaleza está viva.*” Como afirma Alberto Taxo, un reconocido shamán de Cotopaxi: “*para los pueblos indígenas andinos todo en la naturaleza tiene su ser, todo lo que existe tiene vida, tiene ushai, la fuerza que sostiene la vida, una característica única y esencial... Todo está interrelacionado. Todo tiene su propio poder, todo es sagrado*” (Taxo, 2003). “*También se cree que las montañas controlan la lluvia y consecuentemente la fertilidad y el bienestar de la región*” (Meish, 1998)<sup>12</sup>.

Hablar de sistemas jurídicos ancestrales o sistema jurídico indígena, me parece que es una definición correcta y reivindica lo que tal vez faltó en el constituyente de Montecristi que no pudo concebir para la justicia ordinaria, el término de sistema de administración de justicia donde acapara todas las instituciones que colaboran con este objetivo fundamental. El “*sistema jurídico ancestral*”<sup>13</sup> debe ser descrito y defendido desde la Ley de compatibilización y coordinación con el sistema jurídico ordinario.

12 Colvin, Jean G., Arte de Tigua. *Una reflexión de la cultura indígena en Ecuador*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2004, pp. 73-74.

13 Van Cott, Donna Lee, *Pluralismo Legal y Administración de Justicia Comunitaria Informal en América*

Gina Chávez y Fernando García sostienen:

En el transcurso del texto se usará la categoría de “sistema de derecho indígena y afro–ecuatoriano”, utilizado por muchos pueblos indígenas y afroecuatorianos, en lugar de otras categorías similares como “derecho consuetudinario indígena” o “usos y costumbres”, que implican una connotación de subordinación histórica y política<sup>14</sup>.

### III. Acervo jurídico fundamental para motivar el Proyecto de Ley

Es importante rescatar el bloque jurídico con el cual se va a desarrollar este proyecto de Ley, en virtud de acceder desde ya a vías de amparo interpretativas y de desarrollo jurídico cuando inclusive las disposiciones constitucionales resulten insuficientes o contradictorias.

En primer lugar tendríamos a la Constitución de la República del Ecuador que en su artículo 1 nos habla de un nuevo modelo de Estado, posteriormente en el 10 cuando involucra a nuevos actores colectivos originarios como son las comunidades, pueblos y nacionalidades. En este aspecto hay que diferenciarlos correctamente, así tenemos que las nacionalidades indígenas *“son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tra-*

---

*Latina*, Ponencia preparada para la conferencia “Instituciones Informales y Política Latinoamericana, Universidad de Harvard, y el Instituto Helen Kellog para asuntos internacionales, Universidad de Notre Dame, p. 2. “*Antes de la llegada de los europeos, los pueblos indígenas de las Américas habían establecido sistemas de autogobierno político y jurídico. Por lo tanto, la ley indígena tiene un carácter especial en relación con la ley del estado: su existencia y autoridad precede la creación del estado*”. Cfr. La referida autora refiere como sistemas informales, creo que no se puede dar a esta categoría porque inclusive nos encontraríamos en una fase inferior a considerarse como un medio alternativo de solución de conflictos, además que, coincidiendo con Fernando García, en la experticia del caso “La Esperanza”, otorgaríamos una cualidad ostracista, criminalizada y proscrita.

14 Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO Sede Ecuador – Petroecuador, Quito, 2004, pp. 17-18. Cfr. El artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas también menciona la palabra “sistemas jurídicos”.

*dicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad. Ejemplo: Awa, Chachi, Epera, Tsáchila, Shuar, Kichwa, etc., al menos se contabilizan catorce nacionalidades*<sup>15</sup>.

Los Pueblos indígenas “*son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización, social, política, económica y jurídica. Ejemplo: Karanki, Otavalo, Cayambe, Kitu Kara, Chibuleo, etc.*”<sup>16</sup>.

En particular la denominación de nacionalidad confronta una organización de carácter nacional, mientras que el pueblo indígena es local. Ejemplo: Los Otavalo y Cayambe son pueblos indígenas que pertenecen a la nacionalidad Kichwa.

En tanto por comunidades indígenas “*es una forma nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denominan también Ayllus o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales*”<sup>17</sup>. Ejemplo la comunidad de La Cocha.

Siguiendo con los derechos constitucionales tenemos los consagrados en el artículo 57 numeral 10 que se refiere a *crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.*

Dentro de la misma disposición tenemos el numeral 17 que exige la consulta obligatoria y previa a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por cualquier acto legislativo que pueda afectar sus derechos. Por esta consideración expresé en el acápite referente a la *introducción* que este proyecto podría quedarse en el intento, por cuanto, si estos titulares de derechos se manifiestan de manera contraria a la existencia de una Ley se tendrá que respetar su decisión, por tanto no existirá desarrollo normativo aunque la Constitución haya expedido el mandato de carácter obligatorio, y tampoco se podrá argumentar la inconstitucionalidad por omisión, ya

15 Llasag Fernández, Raúl, La jurisdicción indígena en los convenios internacionales y Constitución Política del Ecuador. Aporte doctrinario al Módulo de Derechos Humanos para juezas y jueces del Ecuador. Consultoría realizada para el Ministerio de Justicia y derechos Humanos, diciembre 2008, pp. 247-248.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*



que en el supuesto enunciado prevalecerá la autodeterminación de los pueblos originarios.

El artículo 76 numeral 7 literal i) es una garantía fundamental que permite ejercitar en el mismo marco constitucional la efectivación de un derecho del debido proceso, pero a la vez compatibilizado con esta tendencia occidental europeizante.

Arribamos al artículo 171 en el cual se otorga este imperativo y las primeras definiciones generales que podemos advertir: a) Conflicto interno; b) Dentro de la circunscripción territorial que podría relacionarse en el campo de la comunidad, pero también en la del pueblo y nacionalidad; c) Que las autoridades de los pueblos indígenas ejercen labores jurisdiccionales; d) Que las decisiones de estas autoridades se someten al control de constitucionalidad como es el caso de la acción extraordinaria de protección; e) Que las decisiones deben respetar las garantías fundamentales establecidas en la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales; f) Que debe observarse el respeto por los Derechos Humanos; y, g) Que deben permitir la participación y decisión de las mujeres —única en la esfera latinoamericana que pone límite al ejercicio de los derechos colectivos dentro de la misma Constitución—.

La Constitución de la República del Ecuador como directriz toma para sí la utilización de los instrumentos internacionales, inclusive en una jerarquía superior a la de la Ley Suprema cuando ésta se refiere a Derechos Humanos<sup>18</sup>.

Empezaríamos argumentando el principio de autodeterminación de los pueblos y consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Bajo este aspecto debemos observar irrestrictamente la vigencia del convenio 169 de la OIT (Organización Internacional de Trabajo) artículos 8, 9, 10 y 11. Este instrumento internacional fue ratificado por nuestro país en mayo de 1998, casualmente antes de la vigencia de la Constitución Política de 1998.

18 En el Artículo 424 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador se dice textualmente: *“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 de poder público”*.

Forma parte también de este bloque la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito por el Ecuador en el año 2007. Debemos advertir que este instrumento internacional no requiere del proceso de ratificación y aprobación, por cuanto son principios que se convierten en políticas públicas que debe concebir el Estado parte.

Sería saludable que el actual régimen en su preocupación de convertir en la práctica nuestro país en un Estado Plurinacional e Intercultural, adopte —aunque no lo requiere— mediante Decreto Ejecutivo o Resolución Legislativa estas declaraciones para que a su vez se vayan adoptando en las ejecuciones de las instituciones burocráticas.

Dejamos ya enunciado en la parte introductoria que el Código Orgánico de la Función Judicial estableció principios de interpretación intercultural, así como las *relaciones entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*.

Sería conveniente y no está por demás enunciar las Reglas de Brasilia, que son conductas que deben observar los servidores y servidoras judiciales en el acercamiento intercultural, las cuales fueron adoptadas por los representantes de los Tribunales y Cortes Supremas de Iberoamérica<sup>19</sup>.

#### IV. Objeto y ámbito del Proyecto de Ley

La determinación y limitación de las facultades que debería contener este proyecto de Ley, debería enmarcarse dentro del desarrollo contenido en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador.

Además, al mismo tiempo que se reconoce las facultades jurisdiccionales de los pueblos y nacionalidades indígenas, se pone en su competencia toda acción, omisión, hecho, acto o circunstancia que en cualquier materia se verifiquen en el territorio indígena.

Esta última característica considero como un retroceso con la Constitución Política del Ecuador de 1998, que aceptaba exclusivamente la competencia de dicha jurisdicción en los *conflictos internos*, compatibilizando con lo que dispone el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT<sup>20</sup> y

19 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia 4 al 8 de marzo de 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

20 Este instrumento internacional es reiterativo en señalar la palabra conflicto, pero en ningún mo-

40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas<sup>21</sup>.

Frente a la limitación constitucional y la amplia protección que debe permitirse en virtud del principio de autodeterminación, los assembleístas tendrán que ponderar la competencia en virtud del conflicto que puede extenderse fuera de la circunscripción territorial o en su defecto demarcarlo por los límites materiales de un pueblo o nacionalidad indígena; aunque creo que conociendo la dinámica de desplazamientos internos y externos de los integrantes de las comunidades podría utilizarse las denominaciones contradas en los instrumentos internacionales, que permiten una garantía más amplia y efectiva de cumplimiento de los derechos.

Al delimitar este ámbito no estamos enfrentándonos con la disposición constitucional, sino que simplemente estamos aplicando lo contenido en el artículo 424 inciso final de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: *“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”*.

En varios estudios antropológicos se ha determinado, por ejemplo, que en la ciudad de Quito, las organizaciones indígenas de la provincia de Cotopaxi solucionan sus conflictos internos recurriendo a los sistemas jurídicos ancestrales.

Por último, están los conflictos internos de las organizaciones. En general, éstos son causados por riñas entre integrantes o por conflictos familiares. Existen casos de violaciones y de maltratos entre los niños. Como ha sido mencionado anteriormente, cada etnia, o mejor, cada organización ha generado formas diferenciadas de solucionar las disputas que surgen. Estas formas varían desde la elaboración de un derecho “alternativo” pincelado de la diferencia étnica, la reelaboración de la normatividad indígena adaptada a la si-

---

mento limita su accionar a un elemento territorial.

21 Este instrumento internacional establece la palabra *controversia*, e inclusive el artículo 40 posibilita que este tipo de conflictos no se reduzca únicamente a problemas privatísticos o intercomunitarios, sino inclusive en los impases con el Estado, al estilo de la denominada cultura occidental como responsabilidad extracontractual.

tuación de la ciudad o la imposición del derecho indígena comunitario al grupo. También ocurren casos de organizaciones en las que el representante ha preferido no involucrarse en los casos internos, por lo que el grupo ha debido recurrir a la justicia del estado. Lo importante de estos hechos, es que hay la presencia de un pluralismo jurídico diversificado y reconstruido. Además, se han generado espacios de interlegalidad donde los grupos señalan como posibilidad recurrir a la normatividad interna y a la justicia del estado según sus intereses. Cuando los conflictos llegan a la justicia estatal no se tiene en consideración que el conflicto ocurre entre integrantes de un mismo grupo indígena<sup>22</sup>.

Es importante destacar y me parece oportuno revitalizar el dinamismo de lo que significa un procedimiento o enjuiciamiento que debe tenerse en cuenta no como un fin en sí mismo, sino como un método que sirve para pacificar las controversias suscitadas, sobre todo cuando el objetivo final del Estado además de reforzar la convivencia en diversidad, debe precautelar que este tipo de relaciones especiales se realicen en un contexto pacífico<sup>23</sup>.

## V. Desarrollo de Principios

El desarrollo legislativo de este proyecto de ley debe radicar esencialmente en el desarrollo de principios que debe regularse en la relación interlegal, entre las disposiciones del sistema ordinario y el sistema jurídico ancestral. Podemos bosquejar aquellos que han sido determinados en el Código Orgánico de la Función Judicial, otros que tienen soporte en las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia y, finalmente, aquellos que en la realidad ecuatoriana pueden aprovecharse.

22 Lemos Ingreja, Rebeca, *La diversidad cultural y la impartición de justicia en la ciudad de México: Nuevo reto para los estudios de la Antropología Jurídica*, Ponencia presentada en el Congreso de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, Arica, 2000, pp. 9-10.

23 Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2005, p. 643: "Para ello, lo primero será advertir que el proceso sólo es el medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social". (El resaltado es mío.)

### 5.1. Pluralismo jurídico

Hemos analizado que en el Ecuador no tenemos únicamente un sistema jurídico sino que de conformidad al modelo de Estado actual, hablamos de uno intercultural y plurinacional, donde las visiones o filosofías tienen diferente orientación y valores propios.

Lo mismo ocurre en el Derecho, pero debemos advertir que hay que ser muy cuidadosos en el uso de términos por cuanto la dinámica de los sistemas jurídicos ancestrales es diferente, no es estática y hasta puede retroalimentarse del sistema ordinario, como por ejemplo la utilización de documentos de garantía, escrituras públicas, contratos de compra venta, tipos de prenda, cauciones personales, etc.

Igualmente podemos asimilar una terminología de carácter occidental pero no asimilarlos a la realidad interna de cada comunidad, por ejemplo: la palabra delito no existe, pero si desorden o desequilibrio.

Los comuneros en sus relatos hablan de la presencia de conflictos o “problemas” como les denominan, en los que pueden estar involucradas dos o más personas, familias, vecinos, grupos antagónicos políticos o religiosos, comunidades o grupos étnicos. Estos actores generalmente se encuentran en una situación de falta de entendimiento, de falta de acuerdo, de falta de comprensión, de falta de respeto, en otras palabras, todas son situaciones de desorden social que exigen recuperar el orden, la armonía<sup>24</sup>.

### 5.2. Igualdad

Que debe remitirse en el sentido de equiparar los dos sistemas tanto el ordinario como el ancestral, en las mismas condiciones y aún más posibilitando la cooperación mutua para alcanzar sus fines. En este sentido se valora las dos orientaciones que no pueden verse enfrentadas sino complementadas entre sí, descartándose procesos de asimilación o subordinación, o en su defecto emitiendo criterio de validez que no sirve para lograr una convivencia pacífica.

<sup>24</sup> García, Fernando, *Formas indígenas de Administración de Justicia. Tres estudios de Caso de la Nacionalidad Quichua de la Sierra y Amazonía ecuatoriana. Actas, XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Desafíos en el Tercer Milenio*, Arica, Chile, marzo 13-17 de 2000, p. 2.

### 5.3. Supremacía constitucional y aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República del Ecuador

Este principio en la práctica dio muy buenos resultados en la decisión que tomé en el caso denominado “La Cocha”, para mejor entendimiento transcribo la parte pertinente de la resolución:

B) Tanto en la parte *in fine* de la disposición legal contemplada en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política así como en lo dispuesto en la disposición general del Código de procedimiento Penal publicado en el R.O. 360 de Jueves 13 de Enero del 2.000, se indica que se esperará la aplicación de la jurisdicción a los pueblos indígenas la creación de una Ley especial, situación jurídica que mantiene en una espera legis mientras no se verifique este acto, sin embargo es menester incluir dentro del presente estudio las mismas disposiciones constitucionales que evidentemente dan un giro a este criterio con un enfoque netamente interpretativo, así lo dispone el artículo 17 de la Constitución Política del Ecuador: *“Libertad de ejercicio de los derechos humanos.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”*. De igual manera lo dispuesto en el artículo 18 del mismo cuerpo legal dice textualmente: *“Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables POR Y ANTE CUALQUIER JUEZ, TRIBUNAL O AUTORIDAD. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para NEGAR EL RECONOCIMIENTO DE TALES DERECHOS...”*. Antecedentes en virtud del cual y por la jerarquía y supremacía constitucional dejan de lado la intención del legislador para esperar su cumplimiento en función de la creación de una normativa secundaria, ya que al contemplarse como un

derecho lo dispuesto en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador y Convenio 169 de la OIT, debe ser inmediatamente aplicado, so pena inclusive de caer en las responsabilidades extra contractuales del Estado o en su defecto en la inobservancia de derechos fundamentales que debe el Juzgador supervisar para su pleno cumplimiento; inclusive y redundando en la facultad del Juzgador por la compatibilidad que existe en el Código de Procedimiento Penal estable entre una de las competencias de este funcionario el de ser exclusivamente garantista —referencia artículo 27 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal—. Lastimosamente y por no existir labor de Casación por parte de la Excma. Corte Suprema de Justicia así como del Tribunal Constitucional, los caminos para esta interpretación son deficientes, por lo que también es menester al menos elaborar a través de la legislación comparada y colegir lo que ha dispuesto la Corte Constitucional de Colombia en fallos que se han permitido otorgar en casos similares a los nuestros, concibiendo como es obvio que la realidad ancestral es muy similar a la nuestra *“No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento de ésta no depende de dicho acto legislativo”*. Referencia: Sentencia Nro. C-139/96 (9 de Abril 1.996) Corte Constitucional de Colombia. Con lo que podemos afirmar categóricamente que la disposición ya referida tiene pleno funcionamiento y más aún amplia aplicación. C) Una de las funciones de cualquier Juez o Tribunal es el de aplicar in extenso el término de “justiciabilidad”, ya que en el nuevo ordenamiento y tendencia constitucionalista se experimenta una dinámica en el orden interno y sobre todo en los conceptos de jurisdicción y juez, que se traduce en la incorporación de los derechos fundamentales en la labor legislativa, de ahí que se parafrasea con el pensamiento de Danilo Zolo *“La strategia della cittadinanza”*.- Laterza. Roma Bari, 1.994., quien manifiesta: *“un derecho formalmente reconocido pero no justiciable —es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos— es tout court, un derecho inexistente”*, por lo que el Juez de cualquier instancia en su deber más sublime libre de toda tendencia el de efectivar un derecho consagrado en la Carta Magna, caso contrario lo dispuesto en la Ley

*de Leyes se considerará como simples declamaciones retóricas o a lo sumo, a vagos programas jurídicamente irrelevantes. Finalmente y por cuanto esta temática resulta interesante también es relevante manifestar el papel que juega ya no el juez del famoso estado Liberal que se debía a un status de objetiva subordinación al Ejecutivo, sino que debemos enmarcar al juez de nuestro ordenamiento como lo diría Perfecto Andrés Ibáñez –Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid–: “el juez debe revalidar su legitimidad –caso por caso– aplicando de manera independiente le ley válida, en un contexto de precisas exigencias procesales de relevancia constitucional”<sup>25</sup>.*

No quisiera pecar de fatalista —realista bien informado—, pero he visto transcurrir casi ocho años desde la expedición de la resolución mencionada y no ha existido voluntad política para compatibilizar los dos sistemas.

Por lo tanto Abogados, Fiscales, Jueces y Juezas, y demás servidoras y servidores públicos, deben incorporar en sus decisiones y ejecutorias estos principios que son de gran utilidad a falta de una Ley, que no significa de ninguna manera retardar la solución de un caso determinado, ni tampoco postergar su actuación, permitiendo denegación de justicia.

#### 5.4. Principio de interpretación intercultural

Que se encuentra dispuesto en el artículo 24 del Código Orgánico de la Función Judicial; textualmente dice:

*En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscarán el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.*

Por este motivo es indispensable e ineludible el estudio o la colaboración de la Antropología jurídica, como práctica multidisciplinaria del conocimiento,

<sup>25</sup> Auto interlocutorio emitido con fecha 10 de septiembre de 2002.



rama de las ciencias sociales que no solamente debe encontrarse presente en la formación inicial, continua de servidores y servidoras judiciales, sino también en instancias provinciales, nacionales de justicia ordinaria y especializada, como es la Corte Constitucional; así también, debe constar en los mecanismos de evaluación de dichos funcionarios.

### 5.5. Principios interculturales (Diversidad étnica – cultural)

Como un mecanismo que nos pueda servir para el cumplimiento irrestricto del principio anterior es menester dejar señalando estándares de diferenciación que surge como aporte de varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia<sup>26</sup>:

- 1) *A mayor conservación de sus usos y costumbres mayor autonomía;*
- 2) *Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pero siempre se interpretará en sentido de no menoscabar la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas a pretexto de precautelar la seguridad jurídicas;*
- 3) *Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural;*
- 4) *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales y dispositivas. Debe prevalecer el criterio colectivo por encima del privatístico o particular; y,*
- 5) *Es necesario identificar mínimos jurídicos como la relata la Constitución Boliviana en un artículo independiente. Estos límites serían: derecho a la vida, prohibición de la esclavitud, tortura y resto a un enjuiciamiento justo. De aquí inclusive partiría las posibilidades jurídicas para desarrollar la acción extraordinaria de protección de las decisiones de las comunidades indígenas.*

No está por demás persuadir a la Corte Constitucional en período de transición que también tiene una enorme oportunidad histórica para dirimir y deslindar,

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número T-254/94.

el verdadero horizonte del sistema jurídico indígena en un caso que se encuentra sometido a resolución y signado con el número 0210-07-HC (hábeas corpus)<sup>27</sup>, en el cual se observa no solamente la reivindicación y desarrollo de la norma prevista en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución de 1998, sino que además es oportuno señalar las consecuencias de los excesos de las autoridades indígenas que se convierten en jueces comunitarios.

Esta oportunidad podría ser conciliable con la nueva estructura constitucional que permite avizorar como se lo viene realizando en la actualidad, por parte del máximo organismo constitucional, en la inserción de reglas y subreglas de interpretación; toda vez que, a falta de ley de compatibilización debe enfocarse directamente en los precedentes jurisprudenciales obligatorios que podrían también ser un factor determinante en la compatibilización de las disposiciones constitucionales y aquellas que se encuentran en los instrumentos internacionales.

## 5.6. Jurisdicción y competencia

Por lo general en materia procesal la jurisdicción y competencia la otorga la Ley respectiva, sin embargo estas características que emana el pueblo por medio del soberano, se encuentra ni más ni menos que dispuestas desde la Constitución de la República del Ecuador.

Debo dejar advertido que la misma disposición constitucional señala determinados presupuestos para la aplicación del sistema jurídico indígena y que habíamos señalado anteriormente.

Necesariamente tenemos que, al igual que en el sistema jurídico interno, establecer la competencia en virtud de determinadas características:

*a.- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia de su identidad cultural*<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Esta causa se encontraba inicialmente en la Sala primera del ex Tribunal Constitucional del Ecuador, avocando conocimiento el 16 de enero de 2008; sin embargo hasta la presente fecha no hemos tenido respuesta de este recurso impugnatorio.

<sup>28</sup> Tomado de la sentencia T-009/07 de la Corte Constitucional de Colombia.

Aunque este parámetro en el Ecuador no necesariamente es válido, por cuanto de varios estudios antropológicos se desprende que inclusive individuos no indígenas voluntariamente se han sometido a las autoridades indígenas.

Se encontró también el caso en que las dos partes involucradas son personas mestizas que viven al interior de una comunidad indígena, estas de igual manera se acogen a las normas de la justicia indígena. Así lo comprueba el testimonio del Presidente de la Unión de Pueblos Chibuleos. Aquí en la comunidad no hay muchos mestizos, pero aunque somos una mayoría indígena, los mestizos también vienen acá a solucionar los problemas, para que les aconsejemos, les sancionemos; aquí solucionamos los problemas que no han podido solucionar en las tenencias políticas, lo que no ha hecho el gobernador, lo que no han hecho otras autoridades; incluso cuando el problema es solo entre mestizos ellos vienen, se soluciona el problema y van tranquilos<sup>29</sup>.

En ese sentido como dejamos anotado no es fácil la determinación de la competencia en virtud de la pertenencia al pueblo o nacionalidad indígena, sino existen otros elementos como: la convivencia de personas no indígenas pero que habitan en un territorio indígena, la voluntariedad de someterse a las decisiones de las autoridades comunitarias aunque no sean indígenas, o en su defecto la afectación a bienes colectivos por parte de personas no indígenas (ejemplo: delitos contra la propiedad de imágenes religiosas de la comunidad).

Bajo estos enfoques podría ensayar al menos cinco soluciones:

- a) La competencia es obligatoria en virtud de la pertenencia al pueblo, nacionalidad y comunidad indígena; pero en casos extremos de falta de imparcialidad de las autoridades indígenas, puede sustituir el sistema jurídico ordinario con la obligación de aplicar decisiones adoptadas con el auxilio de informes antropológicos que rescaten la autonomía de los valores de la vida comunitaria;
- b) La competencia es voluntaria si los individuos a pesar de que viven en la comunidad desean ser sometidos a los enjuiciamientos por el sistema jurídico indígena, o hayan afectado bienes de carácter colectivo;

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, (24).

- c) La competencia del sistema jurídico ordinario es obligatorio cuando las acciones, omisiones, actos, hechos y circunstancias son producidas por individuos no indígenas que no habitan en la comunidad;
- d) Manifesté en líneas anteriores que de la lectura del artículo 40<sup>30</sup> de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aparece un nivel de responsabilidad extracontractual que me permito al menos bosquejar con la seguridad de que no muchos compartan con este criterio, y que se refiere a la competencia de las autoridades indígenas por acciones u omisiones de representantes del Estado en territorio originario por daños de máxima relevancia; y,
- e) La competencia voluntaria cuando se trate de campesinos no indígenas por acciones, omisiones, actos, hechos o circunstancias ocurridas en el territorio de esa circunscripción.
- f) Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

Debemos recordar que estas autoridades se convierten en los jueces que decidirán las causas de los conflictos internos, por lo tanto gozan a diferencia de sus pares ordinarios de legitimidad, por cuanto, sus nombramientos son realizados generalmente por Asambleas y con el aval de toda la comunidad.

Pero recalco, como ya he realizado en anteriores ensayos, que el equilibrio de los dos sistemas viene dado no sólo por sus derechos sino también por el cumplimiento de sus obligaciones y sus niveles de responsabilidad.

Igualmente debe considerar la forma en la cual deben investigar los excesos realizados por estas autoridades, marginando los delitos comunes que se les endilga, originando una competencia especial de organizaciones de segundo y tercer grado por abuso de facultades (en el supuesto de que personas que no ejercen autoridad se hayan arrogado funciones), tomando en cuenta el mismo sistema jurídico ancestral.

---

30 Artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.*”

En lo que respecta al género y cumpliendo con lo que dispone el artículo 171 cuando dispone la participación de la mujer, me parece adecuado que en la actualidad aunque no sea un ejercicio generalizado, tenemos también lideresas indígenas que tienen la calidad de autoridades tradicionales.

También debemos incluir que los niveles de decisión no necesariamente pertenecen a la esfera del Cabildo como organismo decisorio, sino que también operan los niveles familiares y aquellos que tienen relación de compadrazgo o padrino.

- g) *Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales tanto en materia sustantiva como procedimental.*

No todas las comunidades pueblos o nacionalidades tienen iguales valores o actos de control social para recuperar el equilibrio comunitario, por lo tanto el nivel de imposición de resoluciones que pertenezcan a la dinámica social de esa circunscripción o localidad. Para lograr el fiel cumplimiento de este parámetro tenemos ahora la acción extraordinaria de protección, donde se podrá analizar jurídicamente pero con la ayuda de los antropólogos para determinar y afianzar la solución otorgada.

En lo que respecta al nivel procedimental ya se ha realizado análisis<sup>31</sup> de los diversos niveles de investigación, enjuiciamiento, sanción y perdón.

- h) *Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio.*

Este criterio ya fue absuelto anteriormente bajo el criterio de conflicto o controversia interna.

Consecuente en los momentos actuales debe emprenderse necesariamente la formulación de las circunscripciones territoriales que no solamente servirán para tener acceso real de los datos de población, ubicación, identidad, territorio ancestral, etc., sino que además técnicamente posibilita la for-

31 Tibán, Lourdes, Ilaquiche, Raúl, *Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Editado por la Fundación defensoría Kichwa de Cotopaxi "FUDEKI", 2004. Véase p. 42, "Procedimientos en la administración de justicia indígena".

mación de regímenes especiales consagrados en el artículo 257 de la Constitución de la República del Ecuador y además, encamina la realización de las consultas previas como ejecución de un derecho colectivo.

- i) *Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales.*

Se ha debatido *in extenso* este tema y no existe un verdadero consenso, sobre todo en la permisividad de castigos en la competencia penal, ya que se sostiene que estos actos de carácter represivo si no son considerados tortura son tratos inhumanos crueles o degradantes.

En todo caso tenemos dos formas de control: el primero, la ayuda antropológica mediante experticias como se lo realizó en el denominado caso la “Esperanza” relatado anteriormente y que la fase constitucional de hábeas corpus se encuentra actualmente en la Corte Constitucional en período de transición. La filosofía andina o amazónica es diferente a la occidental y la manera de evitar prejuicios o conjeturas en este aspecto es la educación y formación del sistema jurídico ancestral; la segunda, por medio de la acción extraordinaria de protección que debe presentarse ante el mismo organismo constitucional.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 345 determina las causales de declinación de competencia cuando:

los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la Jueza o el Juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena (...)

### 5.7. Tratamiento y valor de los instrumentos escritos originados

Debo indicar que no necesariamente vamos a encontrar de manera diáfana la oralidad en estos procedimientos, sino que la utilización de documentos

es muy usada entre las comunidades indígenas como una expresión de seriedad y simbolismo, inclusive se han utilizado determinadas frases que son frecuentes en el sistema jurídico ordinario.

En este contexto tenemos libros de actas, resoluciones, reglamentos, documentos de garantía, etc.

La validez no podría jamás emularse al tratamiento procurado en las leyes procesales civiles, sino que al contrario deben incluir procedimientos flexibles, como la constancia certificada por el Secretario, o también la expedición de decisiones que contengan mínimamente la identificación de las autoridades indígenas, los sujetos intervinientes (en este caso debe constar la persona que recurrió a la autoridad), la relación del caso, el resumen de las deliberaciones y la resolución adoptada.

Para la evacuación de las garantías procesales constitucionales deben dejarse por escrito este tipo de fallos.

En el supuesto que no exista esa constancia debería nombrarse a un experto antropólogo para que se dirija a la comunidad y realice la investigación pertinente de lo ocurrido, debiendo expresarlo en el informe pericial respectivo.

## **5.8. Antropólogos Jurídicos, Fiscales Indígenas y Jueces(as) Indígenas**

La eficacia de tener funcionarios (as) que conozcan sobre estos temas interculturales es vital para la vigencia de un ordenamiento, ya que de nada serviría tener una Ley sin los actores claves de este proceso.

La presencia de especialistas en Antropología Jurídica en la práctica nos ha servido bastante para mejorar nuestras defensas o para decidir en términos de justicia y equidad.

Los Fiscales indígenas deben mantenerse, pero deben tener no una orientación de asimilación del sistema jurídico ordinario sino de respeto a los derechos colectivos. Tampoco puede considerarse personal que vaya a realizar las tareas normales de competencia de otros servidores similares. Por la experiencia que tengo en este tema es menester contar con personal que conozca el idioma de las comunidades; no solamente es una proyección reivindicadora, sino que permite efectivizar el acceso a la justicia, además de permitir la confianza de los usuarios.

Es necesario que los Fiscales Distritales también tengan conocimientos en esta materia, caso contrario de nada sirve tener en la instancia inicial especialización.

En este mismo sentido deben empezarse a designar jueces (as) indígenas en la aplicación de acciones afirmativas o positivas, para el ingreso de un porcentaje de profesionales pertenecientes a las diferentes nacionalidades y pueblos indígenas.

Es muy difícil adaptarse o pensar con una nueva filosofía amazónica, andina, etc., cuando no se ha nacido, crecido y desarrollado en este medio. El aprendizaje de vivir en comunidad y sentir, se obtiene desde el inicio de la vida.

### 5. 9. Consulta previa y obligatoria

Es la fase más delicada de este esfuerzo en virtud de la coherencia que exige el tratamiento de este proyecto de Ley, por cuanto la consulta previa<sup>32</sup> debe ser a más de una exigencia, una necesidad vital porque este proyecto demandará un gran esfuerzo para lograr el diálogo pacífico que hemos sostenido. Podemos anticiparnos a un resultado negativo obtenido después de la consulta obligatoria, es decir que los integrantes de los pueblos y nacionalidades indígenas se expresen mayoritariamente que no desean tener una ley de compatibilización, situación en la cual a pesar de que la Constitución de la República exija la creación de este cuerpo normativo, deberá ceder al principio de autodeterminación de los pueblos y simplemente se deberá trabajar en la aptitud y actitud de jueces, fiscales y actores claves para la exigencia del cumplimiento directo e inmediato de la Constitución, en cada caso concreto.

A su vez la Corte Constitucional aprovechando la casuística ocasionada por las garantías procesales constitucionales, deberá ir creando jurisprudencia obligatoria para determinar los límites del artículo 171 tantas veces invocado.

### 5.10. Cooperación del Estado con el sistema jurídico indígena

La Constitución Boliviana prevé mecanismos de cooperación entre las instituciones del Estado para garantizar el cumplimiento de los objetivos del sis-

32 Artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República del Ecuador: "Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de los derechos colectivos".



tema jurídico indígena, situación que debe emularse en el proyecto de Ley. Así por ejemplo: si en una comunidad no se ha podido tener la presencia de un inculpado para su juzgamiento, el Presidente del Cabildo podría emitir una solicitud a la Policía Judicial para que aprehendan y lo pongan a órdenes de la autoridad indígena.

Igualmente en los procesos de filiación e identidad de los integrantes de la comunidad debe coordinar con las autoridades, para que éstos adopten su registro y luego avale obligatoriamente el sistema de Registro Civil.

Los conocimientos técnicos y especializados en otras ramas del saber deben también ponerse a disposición de las autoridades indígenas, para que sus resoluciones adopten un criterio de justicia y certeza.

Los dos sistemas deben retroalimentarse para nutrirse mutuamente de las diversas visiones que no se los observa como disímiles, sino que debemos proyectarnos en la finalidad que tienen estas culturas: *la solución pacífica de sus controversias*.

## VI. Conclusión

Sin lugar a dudas este es un momento de transformaciones que debe aprovecharse en el esfuerzo de la discusión de una Ley de Compatibilización y Coordinación, que podría servir inclusive como modelo para otros estados latinoamericanos.

Es innegable que hemos avanzado notoriamente, pero de nada significará si no existe voluntad política que propugna la convivencia pacífica en diversidad y no solamente el cumplimiento de un mandato constitucional, en el cual como ya habíamos anticipado, debe empezarse respetando la decisión de pueblos y nacionalidades indígenas que tienen para sí también el legado de recuperar y conciliar dos sistemas jurídicos que serán utilizados para asegurar la paz en el Ecuador.

## VII. Bibliografía

- Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2005.
- Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO sede Ecuador, Quito, 2004.
- Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. –S 544: 9-marzo-2009.
- Colvin, Jean G, *Arte de Tigua. Una reflexión de la cultura indígena en Ecuador*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2004.
- Constitución de la República del Ecuador, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias: T-188/93, SU.3813/03, T-324/94, T-496/96, SU-039/97, T-214/97, SU-510/98, T-652/98, T-601/01, T-009/07, T-013/09 entre otras.
- Galeano, Eduardo, *Espejos, una historia casi universal*, Editorial Siglo XXI, 2008.
- García, Fernando, *Formas indígenas de Administración de Justicia. Tres estudios de Caso de la Nacionalidad Quichua de la Sierra y Amazonía ecuatoriana. Actas, XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Desafíos en el Tercer Milenio*, Arica, Chile, marzo 13-17 de 2000.
- Lemos Ingreja, Rebeca, *La diversidad cultural y la impartición de justicia en la ciudad de México: Nuevo reto para los estudios de la Antropología Jurídica*, Ponencia presentada en el Congreso de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, Arica, 2000.
- Llasag Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta Constitucional Emancipadora”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito - Ecuador, 2008.
- , *La jurisdicción indígena en los convenios internacionales y Constitución Política del Ecuador*. Aporte doctrinario al Módulo de derechos Humanos para juezas y jueces del Ecuador. Consultoría realizada para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, diciembre 2008.
- Tibán, Lourdes, Ilaquiche, Raúl, *Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Editado por la Fundación Defensoría Kichwa de Cotopaxi “FUDEKI”, 2004.

- Van Cott, Donna Lee, *Pluralismo Legal y Administración de Justicia Comunitaria Informal en América Latina*, Ponencia preparada para la conferencia “Instituciones Informales y Política Latinoamericana, Universidad de Harvard, y el Instituto Helen Kellog para asuntos internacionales, Universidad de Notre Dame.
- Villar Borda, Luis, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

IV

Jurisprudencia

---

## Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones\*

(Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)<sup>1</sup>

### IX

54. Los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos.

La indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella. Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (cfr. *infra*, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados.

---

\* Extracto sentencia, 10 de septiembre de 1993.

<sup>1</sup> La presente jurisprudencia fue tomada de la página Web, [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

55. En el caso presente, en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas, existe disparidad de criterios entre las partes: la Comisión reclama la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca, en tanto que Suriname solicita la aplicación de su derecho civil.

La Corte manifestó anteriormente que la obligación de reparar prevista en el artículo 63(1) de la Convención Americana es una obligación de derecho internacional, el cual rige también sus modalidades y sus beneficiarios (*supra*, párr. 44). Sin embargo, conviene precisar el derecho interno vigente en cuanto al régimen de familia pues éste puede ser aplicable en algunos aspectos.

56. Los saramacas son una tribu que vive en el territorio de Suriname y que se constituyó con los esclavos africanos que huían de los propietarios holandeses. El escrito de la Comisión sostiene que los saramacas gozan de autonomía interna en virtud de un tratado del 19 de septiembre de 1762, el cual les permitiría regirse por sus propias leyes. Allí expresa que ese pueblo “*adquirió sus derechos sobre la base de un tratado celebrado con los Países Bajos, por el cual se les reconoce, entre otras cosas, la autoridad local de los Saramaca (sic) sobre su propio territorio*”. A dicho escrito se acompaña el texto de la convención mencionada y se añade que las “*obligaciones del tratado son aplicables por sucesión al estado (sic) de Suriname*”.

57. La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos.

58. La Comisión ha puntualizado que no pretende que los saramacas constituyan actualmente una comunidad con subjetividad internacional, sino que la autonomía que reclama para la tribu es de derecho público interno.

La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca.

La única prueba que aparece en sentido contrario es la declaración del señor Ramón de Freitas, pero la Corte se ha formado un concepto del testigo a través de la forma cómo declaró, de la actitud asumida en la audiencia y de la personalidad demostrada en ella, que la lleva a desechar su testimonio.

59. La Comisión ha ofrecido diversas pruebas acerca de la estructura social de los saramacas según la cual esta tribu presenta una configuración familiar fuertemente matriarcal, con casos frecuentes de poligamia. El principal conjunto de parientes sería el “bêê”, formado por todas las personas que descienden de una misma mujer. Este grupo asumiría la responsabilidad por los actos de cualesquiera de sus miembros y, en teoría, cada uno de éstos sería responsable ante el grupo en conjunto. Esto significaría que la indemnización que deba pagarse a una persona, se da al “bêê” y su representante la distribuye entre sus miembros.

60. La Comisión solicita también una indemnización a favor de los afectados y su distribución entre ellos. Si se examina su escrito, puede advertirse que la determinación de los beneficiarios de la indemnización no ha sido hecha según la costumbre saramaca, al menos tal como la Comisión la ha expuesto ante la Corte. No es posible precisar cuál es la norma jurídica

aplicada por la Comisión en esta materia. Parecería que simplemente se ha guiado por un criterio pragmático.

De la misma manera, al tratar del monto de la indemnización y su distribución, el escrito de la Comisión indica que ha recurrido a “*un sistema de equilibrio*” que incluye los factores siguientes: la edad de la víctima, sus ingresos reales y potenciales, el número de sus dependientes y las costumbres y solicitudes de los bushnegros.

61. El convenio N° 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Suriname y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales de derecho (art. 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

62. Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización.

Estos principios generales de derecho se refieren a “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes”. Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado (*supra*, párr. 58), no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca.

63. La identificación de los hijos de las víctimas, de sus cónyuges y, eventualmente, de sus ascendientes ha ofrecido graves dificultades en este caso. Se trata de miembros de una tribu que vive en la selva, en el interior de



Suriname y se expresa sólo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos no han sido registrados en muchos casos y, cuando así ha ocurrido, no se han incluido datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se torna aún más difícil en una comunidad en la que se practica la poligamia.

64. Suriname ha efectuado en sus observaciones una crítica general al escrito de la Comisión acerca de las pruebas aportadas por ella. Así afirma:

*“requerimos conocer, basados en datos racionales y ciertamente comprobables, detalles específicos de todas las víctimas, respecto del elenco familiar que quedó desprotegido [. . .].”*

Es cierto que la identidad de las personas debe probarse, en general, mediante la documentación correspondiente. Pero la situación en que se encuentran los saramacas se debe en gran medida a que el Estado no mantiene en la región los registros civiles en número suficiente y por ello no puede otorgar la documentación a todos los habitantes con base en los datos obrantes en ellos. Suriname no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Suriname no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores. A fin de precisar los datos relativos a los sucesores, la Corte solicitó a la Comisión datos complementarios acerca de ellos. La Corte estima que las pruebas producidas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, son verosímiles y pueden ser admitidas.

65. En los datos de la Comisión aparecen, sin embargo, algunas diferencias en los nombres de las víctimas con los que fueron mencionados en la denuncia (ver *supra*, párr. 4). Así, Deede-Manoe Aloeboetoe aparece en la denuncia como Dedemanu Aloeboetoe, lo cual se explica porque en ambos casos la pronunciación es igual. El nombre de Bernard Tiopo figura en la denuncia como Beri Tiopo, que era uno de sus sobrenombres o apodos ya que era conocido como Beri o Finsié. Ha habido también una confusión en cuanto al nombre de Indie Hendrik Banai, que apareció primeramente

como Martin Indisie Banai, pero su identificación no ha ofrecido reparos. Respecto de la víctima que figuraba en la denuncia como John Amoida, se trata de un hijo de Pagai Amoida llamado Asipee Adame. Su identificación tampoco ofreció reparos.

66. De conformidad con lo expuesto anteriormente ha sido posible elaborar una lista de los sucesores de las víctimas. Dicha lista hace referencia a la situación existente en el momento del asesinato. Por lo tanto, se incluye en ella a personas que fallecieron posteriormente y se excluye a aquellas esposas que en aquel momento estaban divorciadas de las víctimas.

Opiniones del Comité de Derechos Humanos  
con arreglo al Párrafo 4 del Artículo 5 del Protocolo  
Facultativo del Pacto Internacional de Derechos  
Civiles y Políticos<sup>1</sup>

**Comunicación No. 167/1984**

Presentada por : Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon  
(representada por un asesor jurídico)

Presuntas víctimas: La Agrupación del Lago Lubicon

Estado Parte interesado : Canadá

Fecha de la comunicación: 14 de febrero de 1984 (fecha de la carta inicial)

Fecha de la decisión sobre la admisibilidad : 22 de julio de 1987

El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del artículo 28 del  
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 26 de marzo de 1990,

Habiendo concluido su examen de la comunicación No. 167/1984, presen-  
tada al Comité por el Jefe Bernard Ominayak y la Agrupación del Lago  
Lubicon en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de  
Derechos Civiles y Políticos.

Habiendo tomado en cuenta toda la información que le presentaron por es-  
crito el autor de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba las siguientes:

---

1 La presente jurisprudencia fue tomada de la siguiente página Web, [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

Opiniones con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. El autor de la comunicación (carta inicial de fecha 14 de febrero de 1984 y cartas siguientes y exposiciones jurídicas) es el Jefe Bernard Ominayak (que en adelante se denominará el autor) de la Agrupación del Lago Lubicon, Canadá. Está representado por un asesor jurídico.

2.1 El autor denuncia violaciones por el Gobierno del Canadá del derecho de la Agrupación del Lago Lubicon a la libre determinación y en consecuencia a establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural, así como de su derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y a no ser privado de sus medios de subsistencia. Se afirma que dichas violaciones son contrarias a las obligaciones contraídas por el Canadá en virtud de los párrafos 1 a 3 del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.2 El Jefe Ominayak es el líder y representante de la Agrupación del Lago Lubicon, constituida por indios crees que viven en el territorio del Canadá, en la provincia de Alberta. Se afirma que están sujetos a la jurisdicción del Gobierno Federal del Canadá de conformidad con una relación de fideicomiso asumida por el Gobierno del Canadá respecto de los pueblos indios y de sus tierras ubicadas dentro de las fronteras nacionales del Canadá. La Agrupación del Lago Lubicon se identifica a sí misma como un grupo sociocultural y económico relativamente autónomo que desde tiempos inmemoriales ha habitado sin interrupción, dedicándose a la caza y a la pesca, en una zona de 10.000 millas cuadradas del norte de la provincia de Alberta. Como su territorio es relativamente inaccesible, hasta hace poco los componentes de la Agrupación han tenido poco contacto con la sociedad no india. El idioma principal de los miembros de la Agrupación es el cree. Muchos no hablan, ni leen ni escriben ingles. La Agrupación conserva su cultura, su religión, su estructura política y su economía de subsistencia tradicionales.

2.3 Se afirma que el Gobierno del Canadá, en virtud de la Ley India de 1970 y del Tratado 8 de 21 de junio de 1899 (relativo a los derechos territoriales aborígenes en Alberta septentrional) reconoció el derecho de los

habitantes originales de la zona a continuar su modo de vida tradicional. A pesar de esas leyes y convenios, el Gobierno del Canadá ha permitido que el Gobierno provincial de Alberta expropie el territorio de la Agrupación del Lago Lubicon en beneficio de los intereses de las empresas privadas (autorizando, por ejemplo, la prospección de petróleo y de gas). Se acusa al Canadá de violar de esa manera el derecho de la Agrupación a establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural, como se garantiza en el párrafo 1 del artículo 1 del Pacto. Se afirma además que la prospección de recursos energéticos en el territorio de la Agrupación constituye una violación del párrafo 2 del artículo 1, que garantiza a todos los pueblos el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales. Se afirma que, mediante la destrucción del medio ambiente y el socavamiento de la base económica de la Agrupación se está privando a ésta de sus medios de subsistencia y del goce del derecho de libre determinación garantizado en el artículo 1.

- 3.1 El autor declara que no se ha sometido el mismo asunto a ningún Otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.
- 3.2 En cuanto al agotamiento de los recursos internos, se señala que la Agrupación del Lago Lubicon ha formulado sus reclamaciones por conducto de mecanismos políticos y jurídicos internos. Se afirma que funcionarios gubernamentales y representantes de empresas de recursos energéticos están utilizando los mecanismos políticos y jurídicos internos del Canadá para impedir y retrasar los esfuerzos de la Agrupación hasta que ésta no pueda proseguirlos, porque la continuación del ritmo anual de desarrollo industrial de la zona, sumada a la destrucción de la base económica y del medio ambiente de la Agrupación, haría imposible su supervivencia como pueblo durante muchos años más.
- 3.3 El 27 de octubre de 1975, representantes de la Agrupación del Lago Lubicon presentaron ante el Registrador provincial de la propiedad de Alberta una petición para que se hiciera a todas las partes que pudieran interesarse en los terrenos controvertidos una advertencia sobre la reivindicación de título aborigen por parte de la Agrupación, procedimiento previsto

en la Ley Provincial de Títulos de Propiedad. El Tribunal Supremo de Alberta recibió alegatos en nombre del Gobierno provincial, oponiéndose a que se hiciera la advertencia, y en nombre de la Agrupación del Lago Lubicon. El 7 de septiembre de 1976, el Fiscal General Provincial pidió un aplazamiento, en espera del fallo sobre un caso análogo, y se aceptó la petición, pero el 25 de marzo de 1977 el Fiscal General propuso en la legislatura provincial una enmienda a la Ley de Títulos de Propiedad para impedir que se solicitaran esas advertencias: la enmienda se aprobó con efecto retroactivo desde el 13 de enero de 1975, fecha anterior a la de la petición de advertencia por la Agrupación del Lago Lubicon. En consecuencia, se decidió que no había lugar a celebrar la audiencia del Tribunal Supremo.

3.4 El 25 de abril de 1980, los miembros de la Agrupación iniciaron un procedimiento en el Tribunal Federal del Canadá, pidiendo que se hiciera una declaración relativa a sus derechos sobre sus terrenos, su utilización y el aprovechamiento de sus recursos naturales. Por razones de jurisdicción se rechazó la demanda contra el Gobierno provincial y todas las empresas de recursos energéticos salvo una (Petra-Canada). La demanda contra el Gobierno Federal y contra Petro-Canada fue admitida, pero todavía está pendiente.

3.5 El 16 de febrero de 1982 se presentó ante el Tribunal Real de Alberta una demanda para que se ordenara provisionalmente la interrupción de los trabajos de explotación de la zona hasta que se resolvieran los problemas planteados por las reclamaciones de la Agrupación con respecto a las tierras y los recursos naturales. El autor declara que el objetivo principal del interdicto provisional era impedir que el Gobierno de Alberta y las empresas petroleras ("los Acusados") destruyeran más el territorio en que tradicionalmente cazaba y colocaba trampas para la caza el pueblo del Lago Lubicon. Ello habría permitido que el pueblo aborigen cree del Lago Lubicon continuara cazando y colocando trampas para su subsistencia y como parte de su forma de vida aborigen. Como se señalaba en la comunicación, el Tribunal provincial tardó casi dos años en dictar su fallo, tiempo durante el cual continuaron los trabajos relacionados con la explotación de petróleo y gas, junto con la destrucción patente e innecesaria de la base económica de la Agrupación. El 17 de noviembre de 1983 se rechazó la petición de un interdicto

provisional y la Agrupación, pese a carecer totalmente de recursos económicos, fue condenada a pagar las costas judiciales y los honorarios de los abogados relacionados con la demanda.

3.6 Se apeló la decisión del Tribunal Real ante el Tribunal de Apelación de Alberta. Dicha apelación fue desestimada por el Tribunal de Apelación el 11 de enero de 1985. En su decisión, el Tribunal de Apelación se mostró de acuerdo con el fallo del Tribunal inferior en el sentido de que la reclamación por la Agrupación de derechos autóctonos sobre las tierras planteaba una seria cuestión de derecho que se debía decidir judicialmente. No obstante, el Tribunal de Apelación consideró que el pueblo aborigen del Lago Lubicon no sufriría daños irreparables si continuaba plenamente la explotación de recursos y, por lo tanto, lo más razonable era que se denegara la petición de un interdicto.

3.7 El autor declara que los acusados intentaron convencer al Tribunal de que los pueblos aborígenes del Lago Lubicon no tenían derecho a posesión de ninguna clase en zona alguna de las tierras en litigio, que, lógicamente, comprendían incluso sus hogares. En respuesta, el Tribunal señaló que cualquier intento de expulsar por la fuerza a la población del Lubicon de sus lugares de residencia, o de negarles acceso a sus cementerios tradicionales u otros lugares especiales o a sus zonas de caza y de colocación de trampas para caza, podría ser motivo para que solicitara una orden judicial de amparo. En su demanda, la Agrupación alegó denegación de acceso a todas esas zonas y apoyó sus alegaciones con fotografías de daños y con varios testimonios indiscutidos. No obstante, el Tribunal pasó por alto las pruebas presentadas por la Agrupación y resolvió que ésta no había demostrado que los acusados fueran autores de esa clase de acciones ni de amenazas.

3.8 El autor declara asimismo que el Tribunal de Apelación fundamentó jurídicamente su decisión en su propia definición de daño irreparable. Según su criterio, el daño debía ser de tal naturaleza que no pudiera repararse de modo equitativo y razonable en un tribunal de justicia, y que negar el interdicto fuera denegación de justicia. El autor afirma que el pueblo del Lago Lubicon cumplió claramente ese requisito al demostrar, con pruebas fehacientes,

cientes, los daños causados a sus medios de vida, su economía de subsistencia, su cultura y su forma de vida como entidad social y política. No obstante, el Tribunal falló que la Agrupación no había demostrado haber sufrido un daño irreparable.

3.9 El 18 de febrero de 1985, la Agrupación del Lago Lubicon presentó sus argumentos ante un grupo de tres jueces del Tribunal Supremo del Canadá en un recurso de queja contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Alberta. Mediante sentencia sin expresión de voto, emitida el 14 de marzo de 1985, el Tribunal Supremo del Canadá se limitó a rechazar el recurso de queja, con costas. El autor declara que, en general, los criterios para conceder el recurso de queja son los siguientes: que las cuestiones presentadas sean de importancia pública, que el caso abarque cuestiones importantes de derecho o que, por alguna razón, las actuaciones sean de tal naturaleza o importancia, que justifiquen una decisión del Tribunal Supremo del Canadá. Entre las cuestiones presentadas por la Agrupación del Lago Lubicon figuraban las siguientes: la interpretación de los derechos constitucionales de los pueblos aborígenes, cuya existencia fue confirmada recientemente por la Ley Constitucional (Constitution Act) de 1982: los recursos a disposición de los pueblos aborígenes: los derechos de los pueblos aborígenes a continuar sus actividades tradicionales de subsistencia en los territorios tradicionalmente dedicados a la caza: el régimen jurídico aplicable a un extenso territorio de Alberta septentrional: los conflictos entre las sociedades tradicionales del Canadá, caracterizadas por una relación muy particular con su propio territorio, y su sociedad industrial: las relaciones entre los intereses públicos y los intereses de las minorías: la contraposición entre los derechos de las autoridades públicas y los de los individuos; las consideraciones de justicia fundamental y equitativa; la igualdad ante la ley: y el derecho a recibir igual protección y beneficios de la ley. El autor afirma que el Tribunal Supremo del Canadá aún no ha emitido su fallo sobre al menos las cuatro primeras cuestiones, que indiscutiblemente coinciden con los criterios establecidos para conceder el recurso de queja.

4. Por decisión de 16 de octubre de 1984, el Grupo de Trabajo del Comité de Derechos Humanos, con arreglo al artículo 91 del reglamento



provisional, transmitió la comunicación al Estado Parte interesado y solicitó de éste la información y las observaciones pertinentes para pronunciarse sobre la admisibilidad de la comunicación. Las principales cuestiones reflejadas en la información y las observaciones recibidas del Estado Parte se exponen en los párrafos 5.1 a 5.7 y 6.1 a 6.4 infra:

### **Agotamiento de los recursos internos**

5.1 En su comunicación de fecha 31 de mayo de 1985, el Estado Parte afirma, ante todo, que la Agrupación del Lago Lubicon no ha llevado a término los recursos internos incoados y que la responsabilidad por cualquier demora en la tramitación de dichos recursos no recae en el Gobierno del Canadá. El Estado Parte recuerda que la Agrupación del Lago Lubicon, en ejercicio de sus propios derechos, y el Jefe Bernard Ominayak actuando a título personal, y con otros consejeros de la Agrupación con carácter representativo, han incoado tres procedimientos judiciales diferentes y señala que sólo se ha resuelto finalmente el litigio relativo a la petición de advertencia presentada por la Agrupación. Según se afirma, están pendientes otras dos acciones judiciales, una ante el Tribunal Federal del Canadá y la otra ante el Tribunal Real de Alberta.

5.2 Con respecto a la acción ante el Tribunal Federal mencionado en la comunicación, el Estado Parte recuerda que la Agrupación y sus experimentados asesores jurídicos intentaron, en abril de 1980, iniciar un pleito contra la provincia de Alberta y las empresas privadas ante el Tribunal Federal del Canadá. En las circunstancias de este caso, ni la provincia ni las entidades privadas podrían haber sido demandadas ante el Tribunal Federal del Canadá. En lugar de llevar el procedimiento al foro adecuado, el Estado Parte afirma que la Agrupación impugnó los procedimientos interlocutorios presentados por los demandados respecto a la cuestión de la jurisdicción. Dichos procedimientos condujeron a una decisión en contra de la Agrupación en noviembre de 1980. El recurso interpuesto por la Agrupación contra la decisión del Tribunal Federal fue rechazado por el Tribunal Federal de Apelación del Canadá en mayo de 1981.

5.3 Después de los procedimientos interlocutorios relativos a la jurisdicción del Tribunal Federal, el 21 de febrero de 1982 se presentó una nueva demanda contra la provincia y determinadas empresas ante el Tribunal Real de Alberta. Según se indicó en las comunicaciones, la Agrupación trataba de conseguir que se ordenase la interrupción provisional de los trabajos. En noviembre de 1983, tras un largo procedimiento, el Tribunal Real de Alberta, desestimó la demanda de la Agrupación basándose en el caso de Erickson contra Wiggins Adjustments Ltd (1980) 6 W. R. R. 188, que estableció los criterios que deben existir para que un tribunal emita un interdicto provisional. De conformidad con ese caso, el solicitante de un interdicto provisional debe demostrar:

- a) Que existe una cuestión grave que debe juzgarse:
- b) Que se producirá un daño irreparable antes del juicio si no se otorga un interdicto;
- c) Que la situación respectiva de las partes aconseja que se favorezca al demandante.

El Estado Parte señala que el Tribunal de Alberta denegó la petición de la Agrupación basándose en que ésta no había demostrado que sufriría daños irreparables y en que se le podría indemnizar adecuadamente si tenía éxito en el juicio.

5.4 En lugar de proceder a un juicio sobre el fondo de la cuestión, la Agrupación recurrió contra la desestimación de su petición de interdicto provisional. El recurso fue denegado por el Tribunal de Apelación de Alberta el 11 de enero de 1985. El recurso de queja presentado por la Agrupación ante el Tribunal Supremo del Canadá contra la denegación del interdicto provisional fue rechazado el 14 de marzo de 1985. El Estado Parte añade que, casi dos meses después, el 13 de mayo de 1985, el Tribunal Supremo del Canadá denegó otra solicitud de la Agrupación tendiente a que el Tribunal modificara su práctica y reexaminara la petición. El Estado Parte declara que el Tribunal confirmó así su práctica establecida que prohíbe que se reexaminen las peticiones de recurso de queja.

5.5 El Estado Parte afirma que, tras tantas demoras provocadas por los procedimientos provisionales y por la impugnación de cuestiones de

procedimiento jurídico claramente determinadas, no tiene fundamento la afirmación del autor de que la tramitación de los recursos internos se prolonga injustificadamente. Añade que, en su calidad de demandante, la Agrupación ha podido adelantar los tramites en cualquiera de sus dos acciones judiciales para poder llevar los asuntos a juicio.

### **Recursos adicionales**

5.6 El Estado Parte afirma que la expresión "recursos de la jurisdicción interna", según la doctrina predominante en derecho internacional, debería considerarse que abarca en general a todos los procedimientos internos de reparación. Añade que, en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto se reconoce que, además de los recursos judiciales, los Estados Partes en el Pacto pueden también ofrecer recursos administrativos y de otra índole. Tras presentar su defensa en la demanda ante el Tribunal Federal, el Gobierno Federal propuso a fines de 1981 que se resolviera la cuestión entregando a la Agrupación tierras de reserva con arreglo al tratado concertado en 1899. Las condiciones propuestas por la provincia (que posee los títulos de propiedad legales de las tierras) no resultaron aceptables para la Agrupación, la cual rechazó en consecuencia la solución propuesta de la controversia.

5.7 El Estado parte afirma que la reclamación de la Agrupación del Lago Lubicon sobre ciertas tierras en el norte de Alberta forma parte de una situación extremadamente compleja que comprende las reclamaciones sobre las mismas tierras de otras varias comunidades autóctonas de la región. En junio de 1980, unos dos meses después de que la Agrupación entablara su acción en primera instancia ante el Tribunal Federal, otras seis comunidades autóctonas presentaron por separado una reclamación de tierras ante el Departamento de Asuntos Indios en la que afirmaban tener un título de propiedad aborígen sobre tierras que coinciden con la propiedad que reclama la Agrupación del Lago Lubicon. Posteriormente, en junio de 1983, la Agrupación Big Stone Cree presentó una reclamación ante el Departamento de Asuntos Indios, esta vez invocando el título de propiedad concedido mediante tratado, sobre una zona que además coincide con las tierras que reclama la Agrupación del Lago Lubicon. Al parecer la Agrupación Big Stone Cree representa a cinco de las comu-

nidades autóctonas que en junio de 1980 presentaron la reclamación basada en el título de propiedad aborigen. Con objeto de abordar esta complejísima situación, en marzo de 1985 el Ministro de Asuntos Indios y Septentrionales designó como enviado especial suyo a un ex magistrado del Tribunal Supremo de Columbia Británica para que se reuniera con representantes de la Agrupación, de otras comunidades autóctonas y de la provincia, examinara la situación completa y formulara recomendaciones. El Estado parte afirma que el examen de la reclamación de la Agrupación del Lago Lubicon separadamente de las representadas sobre las mismas tierras por las otras comunidades autóctonas pondría en peligro el recurso interno de la solución negociada elegido por estas últimas.

### **Derecho de libre determinación**

6.1 El Gobierno del Canadá considera que la comunicación, por pertenecer al ámbito del derecho de libre determinación, es inadmisibles por dos razones. En primer lugar, el derecho de libre determinación se aplica a un "pueblo" y la postura del Gobierno del Canadá es que la Agrupación del Lago Lubicon no es un pueblo en el sentido del artículo 1 del Pacto. Por lo tanto, la comunicación es incompatible con las disposiciones del Pacto y se debe considerar inadmisibles según el artículo 3 del Protocolo. En segundo lugar, las comunicaciones previstas en el Protocolo Facultativo sólo pueden ser formuladas por individuos y deben referirse a la infracción de un derecho otorgado a los individuos. El Estado parte afirma que la presente comunicación se refiere a un derecho colectivo, y por lo tanto el autor carece de fundamento para presentar una comunicación de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo.

6.2 El Gobierno del Canadá sostiene que la Agrupación del Lago Lubicon no constituye un pueblo a los efectos del artículo 1 del Pacto y, por lo tanto, no está facultada para reclamar, de conformidad con el Protocolo, el derecho de libre determinación. Señala que la Agrupación del Lago Lubicon comprende tan sólo una de las 582 agrupaciones indias del Canadá y una pequeña parte de un grupo mayor de indios cree residentes en el norte de Alberta. Por lo tanto, el Gobierno del Canadá sustenta la posición de que los indios del Lago Lubicon no son un "pueblo" en el sentido del artículo 1 del Pacto.

6.3 El Gobierno del Canadá sostiene que la libre determinación, tal como se contempla en el artículo 1 del Pacto, no es un derecho individual, sino que aporta el contexto necesario para el ejercicio de los derechos humanos individuales. Esta opinión queda apoyada, a su juicio, por la siguiente frase de las observaciones generales del Comité al artículo 1 (CCPR/C/21/Add. 3, de 5 de octubre de 1984), en el sentido de que el ejercicio de la libre determinación es "Una condición esencial para la eficaz garantía y el respeto de los derechos humanos individuales y para la promoción y el fortalecimiento de esos derechos". El Estado parte añade que en esta observación general también se reconoce que los derechos contenidos en el artículo 1 son independientes y prioritarios respecto de todos los demás derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos contemplados en el artículo 1 que se incluyen en la parte 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son, según el criterio del Canadá, distintos por su naturaleza y por sus características de los derechos contemplados en la parte III. Los primeros son colectivos, y los segundos, individuales. Así pues, la estructura del Pacto, considerada en su conjunto, presta un apoyo adicional al argumento de que el derecho de libre determinación es un derecho colectivo de los pueblos, y como tal, arguye el Estado parte, no puede ser invocado por un individuo en virtud del Protocolo Facultativo.

6.4 El Gobierno del Canadá afirma que un individuo no puede invocar la jurisdicción del Comité, tal como la define el Protocolo Facultativo, cuando la presunta violación afecte a un derecho colectivo. Por lo tanto, considera que deben desestimarse las presentes comunicaciones concernientes a la libre determinación para la Agrupación del Lago Lubicon.

7. En su respuesta a la comunicación del Estado parte sobre la cuestión de la admisibilidad, el autor presentó el 8 de julio de 1985 una exposición jurídica detallada en la que se refirió a todas las objeciones presentadas por el Gobierno del Canadá. El autor resume sus propios argumentos de la manera siguiente: el Gobierno del Canadá aduce en su respuesta tres alegaciones principales. Alega, primero, que la Agrupación del Lago Lubicon no

ha agotado los recursos internos. Sin embargo, la Agrupación sí ha agotado en realidad dichos recursos en la medida en que ofrecían algún remedio significativo a sus reclamaciones concernientes a la destrucción de sus medios de vida. En segundo lugar, el Gobierno del Canadá alega que el concepto de libre determinación no es aplicable a la Agrupación del Lago Lubicon. La Agrupación del Lago Lubicon es un pueblo autóctono que ha mantenido su economía y su modo de vida tradicionales, y que ocupa su territorio tradicional desde tiempos inmemoriales. Como mínimo, el concepto de libre determinación debería considerarse aplicable a ese pueblo en lo que se refiere al derecho de un pueblo a sus medios de subsistencia. Finalmente, el Gobierno del Canadá hace alegaciones acerca de la identidad y la capacidad jurídica del comunicante... Se identifica al "comunicante" en la comunicación original de la Agrupación. Las "víctimas" son miembros de la Agrupación del Lago Lubicon, que están representados por su dirigente elegido por unanimidad, el Jefe Bernard Ominayak.

8.1 En su decisión provisional, de 10 de abril de 1986, el Comité recordaba que el Estado parte le había informado que el Ministro de Asuntos Indios y Septentrionales había designado a un enviado especial, encomendándole la tarea de examinar la situación, y pedía al Estado parte que informase al Comité sobre los resultados del examen realizado por el enviado especial y sobre sus recomendaciones, así como sobre cualesquiera medidas que el Estado parte haya adoptado o se proponga adoptar al respecto.

8.2 En esta misma decisión el Comité pedía al autor que le informase acerca del estado de los procedimientos judiciales pendientes ante los tribunales canadienses.

9.1 En su respuesta de fecha 30 de junio de 1986 a la decisión provisional del Comité, el autor afirmó que no se habían hecho progresos sustantivos en ninguno de los procedimientos judiciales pendientes. Reiteró su argumento de que: "La demanda de la Agrupación para que se ordenara provisionalmente la interrupción de los trabajos de explotación de petróleo, que han destruido los medios de subsistencia de su pueblo, se declaró sin lugar, y el Tribunal Supremo del Canadá rechazó el recurso de apelación con-

tra la sentencia... Así, la explotación, y por lo tanto la destrucción, continuaron al mismo ritmo. El abogado de la Agrupación prosigue con las reclamaciones ante los tribunales, no obstante que la Agrupación no está en condiciones de financiar tales actividades y que no existe ninguna esperanza posible de solución en los próximos años. Por lo tanto, la Agrupación no tiene motivo para alterar su conclusión anterior de que, para todos los fines prácticos, se han agotado los recursos judiciales internos."

9.2 La Agrupación señala asimismo que el enviado especial del Gobierno Federal, Sr. E. David Fulton, fue descargado de sus responsabilidades a raíz de la presentación de su "documento de examen" al Gobierno Federal del Canadá.

"En el documento de examen... el Sr. Fulton llegó en gran medida a la misma conclusión que la propia Agrupación, que el Gobierno del Canadá era el culpable de la situación en el Lago Lubicon y que la solución del problema estaba en manos del Gobierno Federal. El informe del Sr. Fulton sugería asimismo un arreglo de tierras basado en la población actual de la Agrupación y reconocía la importancia de otorgar a la Agrupación autoridad sobre la explotación de la fauna silvestre en todo su territorio de caza y de colocación de trampas. El arreglo de tierras propuesto por el Sr. Fulton, que daría lugar a una reserva notablemente más grande que la reserva de 25 millas cuadradas que se prometió a la Agrupación en 1940, estaba de acuerdo con la posición adoptada por la Agrupación con respecto a esta cuestión... El Sr. Fulton recomendó asimismo que Alberta indemnizase a la Agrupación por los daños causados por la explotación ilimitada de petróleo y gas para la que había otorgado concesiones dentro del territorio de la Agrupación. Además de descargar al Sr. Fulton de sus responsabilidades en el asunto, el Gobierno Federal, hasta la fecha, se ha negado a dar publicidad al documento de examen del Sr. Fulton."

10.1 En su respuesta a la decisión provisional del Comité, de fecha 23 de junio de 1986, el Estado parte transmitió el texto del informe del Sr. Fulton y señaló que había designado al Sr. Roger Tassé como negociador. Además, informó al Comité que el 8 e enero de 1986 el Gobierno del Canadá había pagado a la Agrupación 1,5 millones de dólares canadienses a fin de sufragar los gastos de las actuaciones judiciales y otros gastos conexos.

10.2 En su réplica del 20 de enero de 1987, el Estado parte alegó que después de desestimarse la demanda de interdicto provisional pedido por la Agrupación: "Antes de recurrir a los organismos internacionales la Agrupación hubiera debido entonces adoptar con la debida diligencia las medidas necesarias para conseguir un interdicto permanente. En la comunicación . . . la Agrupación alega que la lentitud del procedimiento le ocasionará un perjuicio . irreparable. Ahora bien, un interdicto permanente, si lo obtuviera, tendría por efecto evitar permanentemente tales perjuicios."

11.1 Con fechas 23 y 25 de febrero de 1987 el autor presentó dos suplementos muy amplios a la comunicación, en los que se exponen, entre otras, cuestiones importantes como el documento de examen del Sr. Fulton y se afirma que "el Canadá se ha apartado de las posiciones recogidas en el documento Fulton" y que "el Canadá trata de someter retroactivamente a la Agrupación a una legislación que este Comité ha considerado contraria al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Canadá modificó con arreglo a las conclusiones del Comité".

11.2 Con respecto a los procedimientos judiciales pendientes, la Agrupación arguye que un interdicto permanente no constituiría un recurso eficaz porque llegaría demasiado tarde, y explica que: "El reconocimiento de los derechos aborígenes o incluso de tratados en una sentencia firme de los tribunales no hará desaparecer los daños irreparables causados a la sociedad de la Agrupación del Lago Lubicon, no hará volver a éste los animales, no restaurará el medio ambiente ni la economía tradicional de la Agrupación, no reconstituirá su forma tradicional de vida, y no reparará los deterioros causados a sus lazos espirituales y culturales con la tierra. En consecuencia, se han agotado efectivamente todos los recursos internos para la protección de la economía de la Agrupación, así como de su modo de vida privativo, valioso y profundamente querido."

12. En otra comunicación de fecha 12 de junio de 1987 el autor declaró que: "La Agrupación del Lago Lubicon no pide una decisión en materia de derechos territoriales. La Agrupación pide solamente que el Comité de Derechos Humanos la ayude en su intento de convencer al Gobierno del Canadá de:



a) que la existencia de la Agrupación se ve gravemente amenazada por la explotación de petróleo y gas que se ha dejado proseguir sin limitación alguna en sus territorios de caza tradicionales, si tener absolutamente en cuenta a la comunidad humana que habita en la región;

b) que el Canadá es responsable de la situación actual y debe contribuir a resolverla de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."

13.1 Antes de examinar el fondo de una comunicación, el Comité debe asegurarse de que cumple todas las condiciones relativas a su admisibilidad con arreglo al Protocolo Facultativo.

13.2 Con respecto a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, según lo cual los autores deben agotar todos los recursos de la jurisdicción interna antes de presentar una comunicación al Comité de Derechos Humanos, el autor de la presente comunicación invocó la disposición de dicho artículo según la cual no se aplicará esta norma "cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente". El autor ha aducido además que en estas circunstancias el único recurso eficaz fue pedir un interdicto provisional porque "sin la preservación del statu quo sería ineficaz cualquier fallo definitivo sobre las alegaciones, aunque fuere favorable a la Agrupación", dado que "ningún fallo definitivo que reconozca los derechos aborígenes o alternativamente los derechos derivados de los tratados podrá restablecer jamás el modo de vida, los principios vitales y los medios de subsistencia de la Agrupación". Refiriéndose a su jurisprudencia establecida de que "el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna sólo puede exigirse en la medida en que dichos recursos sean efectivos y estén disponibles", el Comité considera que en las circunstancias de este caso, la Agrupación del Lago Lubicon no dispone ya de ningún recurso efectivo.

13.3 En cuanto a la afirmación del Estado parte según la cual la comunicación del autor relativa a la libre determinación se debe declarar inadmisibile porque "un individuo no puede invocar la jurisdicción del Comité, tal como la define el Protocolo Facultativo, cuando la presunta violación

afecte a un derecho colectivo", el Comité reafirma que en el Pacto se reconoce y protege en los términos más enérgicos el derecho de un pueblo a la libre determinación y su derecho a disponer de sus recursos naturales, como condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos. No obstante, el Comité observa que el autor, como persona individual, no puede afirmar con arreglo al Protocolo Facultativo que es víctima de una violación del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto, que trata de los derechos reconocidos a los pueblos como tales.

13.4 El Comité observa, no obstante, que los hechos, tal como se han comunicado, pueden suscitar cuestiones relativas a otros artículos del Pacto, incluido el artículo 27. Por lo tanto, dado que el autor y otros miembros de la Agrupación del Lago Lubicon sufren las consecuencias de los acontecimientos que el autor ha descrito, estas cuestiones podrían examinarse en cuanto al fondo a fin de determinar si revelan violaciones del artículo 27 2 de otros artículos del Pacto.

14. Por lo tanto, el 22 de julio de 1987, el Comité de Derechos Humanos decidió que la comunicación era admisible, dado que podía plantear cuestiones relativas al artículo 27 o a otros artículos del Pacto. Se pidió al Estado parte de conformidad con el artículo 86 del reglamento provisional del Comité, que adoptase medidas provisionales para evitar un daño irreparable al Jefe Ominayak y a los demás miembros de la Agrupación del Lago Lubicon.

15. El Estado parte, en la exposición presentada el 7 de octubre de 1907, con arreglo al párrafo 2 del artículo 4, pide al Comité, con arreglo al párrafo 4 del artículo 93 del reglamento provisional, que revise su decisión acerca de la admisibilidad aduciendo que la Agrupación no ha agotado los recursos internos efectivos que existen. El Estado parte observa que la decisión del Comité parece estar basada en la hipótesis de que un interdicto provisional constituiría el único recurso efectivamente existente para conocer de la presunta transgresión de los derechos de la Agrupación del Lago Lubicon. Esta hipótesis, a juicio del Estado parte, no tiene mayor asidero. El Estado parte sostiene que, a juzgar por las pruebas presentadas en el Tribunal Real

y en el Tribunal de Apelación de Alberta, los dos que conocieron de la solicitud de medidas provisionales formulada por la Agrupación, así como por la situación socioeconómica de la Agrupación, su forma de vida, sus recursos y sus medios de subsistencia no han sufrido daños irreparables ni se hallan frente a una amenaza inminente. En consecuencia, un interdicto provisional no es el único recurso efectivo al alcance de la Agrupación y tanto un juicio sobre el fondo del asunto como el proceso de negociación propuesto por el Gobierno Federal constituyen alternativas efectivas y viables. El Estado parte reafirma que, de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 5 del Protocolo Facultativo, tiene el derecho de insistir en que queden agotados los recursos internos antes de que el Comité examine la cuestión. Aduce que la expresión "recursos de la jurisdicción interna" debe ser interpretada, según los principios aplicables del derecho internacional, en el sentido de que abarca en general todos los procedimientos internos de reparación. Mientras no haya habido un fallo judicial definitivo acerca de los derechos de la Agrupación con arreglo a la legislación canadiense no existe fundamento ni en los hechos ni en el derecho internacional para llegar a la conclusión de que los recursos internos no son efectivos ni para declarar admisible la comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo. En apoyo de sus argumentos, el Estado parte presenta una detallada reseña de las actuaciones ante el Tribunal Real de Alberta y explica su política tradicional de buscar mediante negociación la solución de las reivindicaciones territoriales válidas hechas por agrupaciones indígenas.

16.1 El autor, en carta de fecha 12 de enero de 1988 en que formula observaciones acerca de la exposición presentada por el Estado parte, sostiene que sus afirmaciones y la de la Agrupación del Lago Lubicon están bien fundadas. Según el Jefe ûninayak, el Estado parte, para solicitar que se revise la decisión acerca de la admisibilidad no hace más que reiterar hechos ya expuestos y aducir que está sustanciando sus exposiciones anteriores sin indicar razones nuevas. El autor, recordando la declaración del Comité de que la comunicación es admisible en la medida en que se susciten cuestiones con arreglo al artículo 27 "u otros artículos del Pacto", enuncia los artículos del Pacto que, a su juicio, han sido transgredidos. En primer lugar, aduce que el Canadá ha transgredido los párrafos 1 a 3 del artículo 2: el párrafo 1

porque ha tratado a la Agrupación del Lago Lubicon sin tener en cuenta elementos sociales, económicos y patrimoniales que forman parte inseparable de la estructura de la comunidad indígena de la Agrupación: el párrafo 2, porque sigue negándose a resolver problemas de que se ha quejado la Agrupación y respecto de los cuales existen aún formas de reparación y, el párrafo 3, porque no ha proporcionado a la Agrupación un recurso efectivo para defender los derechos que le incumben con arreglo al Pacto.

16.2 El autor aduce además que el Estado parte, con las medidas que ha adoptado en desmedro de los medios de subsistencia de la Agrupación, ha creado una situación que ha sido causa "indirecta, si no directa, de la muerte de 21 personas y está amenazando las vidas de prácticamente todos los demás miembros de la comunidad del Lubicon. Además, se duda seriamente de la capacidad de la comunidad para perpetuarse, ya que el número de abortos y de nacimientos de niños muertos ha aumentado vertiginosamente y, en general, la cantidad de alumbramientos anormales ha pasado en general de cerca de cero a casi un 1000". Se aduce que ello constituye una transgresión del artículo 6 del Pacto. Se aduce además que la apropiación de las tierras tradicionales de la Agrupación, la destrucción de su forma de vida y sus medios de subsistencia y la devastación de que ha sido objeto la comunidad constituyen un trato cruel, inhumano y degradante en el sentido del artículo 7 del Pacto, del cual debe responder el Estado parte.

16.3 El autor plantea otras cuestiones acerca del cumplimiento por el Estado parte del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 del Pacto. Recuerda que las acciones interpuestas por la Agrupación del Lago Lubicon ante los tribunales internos, basadas en los derechos aborígenes y en el título de propiedad respecto de la tierra, impugnan en parte la jurisdicción y los poderes que aduce tener el Estado y que, a su juicio, "se prestan justamente al tipo de abuso a que apuntan a impedir el párrafo 1 del artículo 14 y el artículo 26". En ese contexto, señala que "los prejuicios de los tribunales del Canadá han significado un gran obstáculo para el intento de la Agrupación de proteger sus tierras, su comunidad y sus medios de subsistencia y esos prejuicios dimanaban de distinciones basadas en motivos de raza, política y situación económica y social". Señala además que los prejuicios económicos y sociales a que ha tenido

que hacer frente la Agrupación en los tribunales del Canadá, especialmente en el sistema de tribunales provinciales de Alberta, han quedado muy magnificados por el hecho de que "varios de los jueces que dictaron los fallos de esos tribunales tenían vínculos económicos y personales evidentes con la contraparte de la Agrupación en las acciones presentadas".

16.4 Se sostiene además que el Estado parte, en violación del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto, ha permitido que los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon sean sometidos a una situación que ha de culminar en la destrucción de las familias y los hogares de sus integrantes. El autor explica que, en una comunidad indígena, todo el sistema familiar se basa en los vínculos espirituales y culturales con la tierra y en el ejercicio de actividades tradicionales. Una vez destruidos éstos, como en el caso de la Agrupación, el indispensable componente familiar de la sociedad sufre un daño irreparable. Se aduce igualmente que el Estado parte ha transgredido el párrafo 1 del artículo 18 del Pacto pues, en razón de la destrucción de su tierra, se ha usurpado a los miembros de la Agrupación "el reino físico que les concede su religión, su sistema de creencias espirituales".

16.5 En cuanto al requisito de que estén agotados los recursos internos, el autor rechaza la afirmación del Estado parte de que un juicio sobre el fondo del asunto serviría a la Agrupación del Lago Lubicon de recurso efectivo contra el Gobierno Federal y le ofrecería una forma de resarcirse por la pérdida de sus medios económicos y su forma de vida. En primer lugar, esa afirmación se basa en la hipótesis de que las violaciones de los derechos humanos pueden rectificarse mediante el pago de dinero: en segundo lugar, es evidente que los medios económicos y la forma de vida de la Agrupación han sufrido un daño irreparable. Se señala además que ya no es posible interponer un juicio sobre el fondo del asunto contra el Gobierno Federal del Canadá, pues en octubre de 1986 el Tribunal Supremo del Canadá dictaminó que los derechos de los aborígenes respecto de la propiedad de tierras dentro de los límites de la provincia se referían a derechos territoriales provinciales y, por lo tanto, tenían que ser dirimidos ante tribunales de la provincia. Por esa razón, el 30 de marzo de 1987 la Agrupación del Lago Lubicon pidió al Tribunal Real de Alberta que le fuera permitido modificar

su demanda ante ese Tribunal a fin de incluir al Gobierno Federal entre los demandados. El 22 de octubre de 1987, el Tribunal Real denegó la solicitud. Por lo tanto, a pesar de que la Constitución del Canadá confiere al Gobierno Federal jurisdicción exclusiva respecto de todas las cuestiones relativas a los indios y a los territorios indígenas, la Agrupación no puede hacer valer recurso alguno contra el Gobierno Federal respecto de esas mismas cuestiones.

17.1 En una nueva exposición de fecha 3 de marzo de 1988, el Estado parte sostiene que se sigue tratando seria y efectivamente de encontrar una solución aceptable a los problemas que plantean el autor y la Agrupación del Lago Lubicon: en particular, señala que:

"El 3 de febrero de 1988 el Ministro de Asuntos Indios y Desarrollo del Norte presentó al Procurador General de Alberta una solicitud oficial de asignación de tierras a la Agrupación del Lago Lubicon. En ella advertía a la Provincia de Alberta que su rechazo obligaría al Canadá a entablar una acción judicial, con arreglo a la Ley Constitucional de 1930, para resolver la controversia relativa a la extensión de tierras a que tenía derecho la Agrupación del Lago Lubicon. En todo caso, el Ministro de Asuntos Indios y Desarrollo del Norte pidió a la Provincia de Alberta que considerara, como medida provisional y sin perjuicio de las acciones judiciales que se entablasen, la posibilidad de que se transfirieran de inmediato a la Agrupación las 25,4 millas cuadradas de tierra . . . En carta de fecha 10 de febrero de 1988, el negociador federal puso en conocimiento de los abogados de la Agrupación los hechos anteriormente mencionados y, al mismo tiempo, trató de negociar todos los aspectos de la reclamación que no dependían de la respuesta que diera la Provincia de Alberta a la solicitud oficial... El autor de la comunicación, en carta de fecha 29 de febrero de 1988, rechazó la oferta pero indicó que estaría dispuesto a considerar la transferencia provisional de 25,4 millas cuadradas de terreno sin perjuicio de cualesquiera negociaciones o acciones judiciales ulteriores. A raíz de lo que antecede, los negociadores que representaban a los gobiernos federal y provincial se reunieron el 1° y el 2 de marzo de 1988 y concertaron un acuerdo provisional relativo a la transferencia a la Agrupación de una reserva de 25,4 millas cuadradas, que incluía las minas y los minerales que allí se encontraban. El acuerdo fue concertado sin perjuicio de la posición de cada una de las partes interesadas, incluida la Agrupación ..."

17.2 Con respecto a la efectividad de los recursos internos existentes, el Estado parte impugna la posición del autor que se ha indicado en el párrafo 16.5 supra, la cual, a su juicio, falsea la situación legal existente relativa a la Agrupación y a los gobiernos federal y provincial. Reitera que la Agrupación ha interpuesto dos acciones judiciales, que aún se encuentran pendientes. Una de ellas fue entablada ante el Tribunal Federal del Canadá contra el Gobierno Federal y, la otra, en el Tribunal Real de Alberta contra la provincia y ciertas empresas privadas. Habida cuenta de que el autor basa su reivindicación en el título de los aborígenes y no en el derecho derivado de un tratado, según la jurisprudencia la acción judicial debe entablarse contra la provincia y no contra el Gobierno Federal.

17.3 El Estado parte agrega que en la acción interpuesta ante el Tribunal Real de Alberta: "El autor de la comunicación pedía autorización para incluir al Gobierno Federal como parte en las actuaciones judiciales ante el Tribunal Real de Alberta. El Tribunal sostuvo que, con arreglo a la jurisprudencia existente, un tribunal provincial no tenía competencia para conocer de una demanda de reparación entablada contra el Gobierno Federal, sino que la cuestión debía ser remitida a la Corte Federal del Canadá. El demandante así lo hizo en efecto y la demanda, tal como se ha indicado, se halla pendiente. Por consiguiente, la Agrupación sigue teniendo derecho, como siempre, a presentar recursos contra el Gobierno del Canadá ante la Corte Federal del Canadá. Además, el autor de la comunicación ha apelado de la decisión del Tribunal Real ante la Corte de Apelaciones de Alberta."

17.4 Por último, el Estado parte rechaza categóricamente las afirmaciones del autor que se han descrito en los párrafos 16.2 y 16.3 w por carecer de fundamento y justificación; a su juicio, esas afirmaciones constituyen un abuso de procedimiento, por lo que la comunicación debe ser declarada inadmisibles con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

18.1 En una nueva exposición, de fecha 28 de marzo de 1988, el autor formula las siguientes observaciones respecto de la reseña presentada por el Estado parte de los acontecimientos recientes en el caso (véase párr. 17.1):  
a) la Agrupación del Lago Lubicon no fue parte en las negociaciones relativas

a la oferta de arreglo: b) la oferta se funda en una visión "sumamente parcial" de los derechos de la Agrupación con arreglo a la legislación canadiense y en una determinación igualmente parcial de la composición de la Agrupación; c) el Gobierno Federal estaría dispuesto a negociar cuestiones no territoriales con menos de la mitad de los miembros de la Agrupación: d) el Canadá ha arrendado todas las tierras tradicionales de la Agrupación, salvo 25,4 millas cuadradas. a los efectos de un molino de pasta de madera que ha de construir la Daishowa Canada Company Ltd. cerca de Peace River. Alberta: e) el proyecto Daishowa disipa toda esperanza de que los miembros de la Agrupación puedan seguir dedicándose a algún tipo de actividad tradicional y f) el Comité Parlamentario permanente del Canadá sobre asuntos aborígenes, comité supervisor oficial del Parlamento canadiense respecto de esas cuestiones, no está de acuerdo con el método de un arreglo negociado que ha adoptado el Ministro de Asuntos Indios y Desarrollo del Norte.

18.2 El autor reafirma que la parte central de las acciones judiciales interpuestas por la Agrupación se refiere a la reivindicación de derechos aborígenes y que, habida cuenta de la decisión del Tribunal Real de Alberta de fecha 22 de octubre de 1987 y a la luz de las recientes decisiones del Tribunal Supremo que ha mencionado el Estado parte, se sigue negando a la Agrupación la posibilidad de un recurso contra el Gobierno Federal.

18.3 El autor rechaza una vez más la afirmación del Estado parte de que las denuncias que figuraban en su exposición de fecha 12 de enero de 1988 carecían de fundamento y constituían un abuso del derecho a presentar comunicaciones: asimismo, reafirma que está dispuesto a presentar información detallada acerca de las "21 muertes no naturales que fueron resultado directo o indirecto de la destrucción de la economía y la forma de vida tradicionales en el Luhicon". Por último, señala que el Estado parte sigue esestimando la solicitud del Comité de que se adopten medidas provisionales de protección conforme al artículo 86 de su reglamento provisional, como queda de manifiesto en el apoyo que el Canadá está prestando al proyecto Daishowa. Esto significa que el Canadá, lejos de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la Agrupación, está apoyando un proyecto que contribuirá a que se sigan degradando las tierras tradicionales de la Agrupación.



19.1 En otra exposición, de fecha 17 de junio de 1988, el Estado parte enumera otros acontecimientos recientes en el caso e insiste en que la Agrupación del Lago Lubicon sigue teniendo a su disposición recursos efectivos. Señala que, a partir del 11 de marzo de 1988, fecha en que la Agrupación rechazó el ofrecimiento provisional del Gobierno de transferirle 25,4 millas cuadradas de tierras de reserva: "Ha habido negociaciones entre el Gobierno Federal, la Provincia de Alberta y el autor de la comunicación. Sin embargo, no se ha avanzado prácticamente nada en el arreglo. Como consecuencia, el 17 de mayo de 1988, el Gobierno Federal entabló una acción judicial contra la Provincia de Alberta y contra la Agrupación del Lago Lubicon a fin de que el Canadá pudiera cumplir sus obligaciones con la Agrupación de conformidad con el Tratado 8. En la demanda correspondiente se pide al Tribunal Real de Alberta que declare que la Agrupación del Lago Lubicon tiene derecho a una reserva y que determine las dimensiones de esa reserva... El 9 de junio de 1988, la Agrupación del Lago Lubicon presentó su contestación a la demanda junto con una reconvenición. El 10 de junio de 1988, todas las partes en la controversia comparecieron ante el Magistrado Moore, Presidente del Tribunal Real de Alberta, y convinieron en que había que hacer todo lo posible para tramitar rápidamente el caso, fijando el 16 de enero de 1989 como fecha para el procedimiento preliminar."

10.2 El Estado parte reconoce su obligación de proporcionar una reserva a la Agrupación del Lago Lubicon con arreglo al Tratado 8. La cuestión que constituye la base de la controversia interna y de la comunicación de referencia es la de las tierras que deben constituir las reservas y otros problemas conexos. Por ello, el Estado parte afirma que la comunicación no corresponde a ninguna de las disposiciones del Pacto y, en consecuencia, no cabe considerar que haya habido una transgresión de esas disposiciones.

20.1 En una exposición de fecha 5 de julio de 1988, el autor presenta nuevos datos y observaciones acerca de la exposición más reciente del Estado parte. El autor indica que la acción judicial entablada por el Gobierno federal contra el Gobierno provincial ante el Tribunal Real de Alberta entraña "múltiples problemas". Entre ellos se encuentran a) el hecho de que desestima por completo los derechos territoriales de los aborígenes de la

Agrupación; b) el hecho de que pide que se dicte un fallo declaratorio respecto de la composición de la Agrupación que se basa "aparentemente en un criterio extraño y altamente controvertido para determinar quiénes son miembros de la Agrupación, al que ya se ha hecho referencia en exposiciones anteriores" y c) el hecho de que el fondo de las cuestiones de referencia ya es objeto de las acciones interpuestas por la Agrupación y pendientes ante los tribunales. El autor observa que "dado que el proceso comenzó ante el tribunal de menor jerarquía del Canadá será necesario que se proceda a un estudio genealógico, extremadamente largo y complejo, de la composición de la Agrupación y, habida cuenta de que el fallo que se dicte, será apelado, hay razones para creer que la acción no servirá más que para demorar indefinidamente la solución de los problemas relativos al Lago Lubicon". El autor cree que la acción interpuesta por el Gobierno obedece justamente a ese propósito.

20.2 En carta de fecha 28 de octubre de 1988, el autor informa al Comité de que, el 6 de octubre de 1988, la Agrupación del Lago Lubicon ha reivindicado jurisdicción sobre su territorio. Explica que ello se debió a que el Gobierno Federal del Canadá no había contribuido a una solución favorable del problema a que hacía frente la Agrupación. Agregaba que el Estado parte había seguido aplazando la adopción de medidas al respecto y lo acusaba de "estar recurriendo a los medios de difusión para difundir mentiras y despidiendo a los asesores que recomendaban cualquier solución favorable al problema del pueblo Lubicon. Al mismo tiempo, la Agrupación observaba cómo la provincia de Alberta seguía otorgando licencias para la explotación de petróleo, gas y ahora madera en las tierras tradicionales de los lubicon...

20.3 El autor señala además que la medida tomada por el pueblo lubicon ha suscitado: "Una respuesta positiva del Gobierno provincial de Alberta. El Sr. Don Getty, Presidente del Consejo Provincial, ha negociado un acuerdo con el Jefe Ominayak en virtud del cual Alberta ofrecerá en venta al Gobierno Federal 79 millas cuadradas de tierras con derecho sobre la superficie y el subsuelo, que han de designarse como reserva en beneficio de la Agrupación del Lago Lubicon. La provincia ha convenido en vender 16 millas cuadrados más de tierra al Gobierno Federal con derechos de superficie solamente y en explotar el subsuelo de esas tierras con sujeción a la Agrupa-

ción. Así, pues, la superficie total en que ha convenido la provincia es de 95 millas cuadradas, área a que tiene derecho la Agrupación, sobre la base de su composición actual, de conformidad con la legislación federal canadiense sobre los indios... El Gobierno Federal ha manifestado que está dispuesto a considerar la posibilidad de ceder 79 millas cuadradas de tierras en beneficio del pueblo lubicon. Sin embargo, se ha negado a aceptar las 16 millas cuadradas restantes, recomendando que sean transferidas a la Agrupación en plena propiedad. El efecto de ese arreglo sería que las tierras quedarían sujetas a gravámenes impositivos y serían transferibles, al tiempo que se reduciría la obligación del Gobierno Federal respecto del pueblo lubicon..."

21.1 En una nueva exposición, de fecha 2 de febrero de 1989, el Estado parte observa que en noviembre de 1988, en razón del acuerdo concertado entre el gobierno de la provincia de Alberta y la Agrupación del Lago Lubicon de constituir una reserva en una superficie de 95 millas cuadradas, el Gobierno Federal entabló negociaciones con la Agrupación acerca de las modalidades en que se transferiría la tierra y otros asuntos conexos. Tras dos meses de negociaciones, se llegó a un acuerdo acerca de la mayoría de los problemas, incluida la composición de la Agrupación, las dimensiones de la reserva, la construcción de la comunidad y el suministro de programas y servicios. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo acerca de la cuestión de la compensación en efectivo y, el 24 de enero de 1989, la Agrupación se retiró de las negociaciones cuando el Gobierno Federal presentó su ofrecimiento oficial.

21.2 El Estado parte, tras pasar revista a los principales elementos de su ofrecimiento oficial (transferencia a la Agrupación de una reserva de 95 millas cuadradas: aceptación del cálculo presentado por la Agrupación acerca del número de sus miembros: asignación de 34 millones de dólares canadienses para proyectos de desarrollo de la comunidad: asignación de 2.5 millones de dólares canadienses por año para programas federales de apoyo: propuesta de un plan especial de desarrollo para ayudar a la Agrupación a establecer una economía viable en su nueva reserva: establecimiento de un fondo fiduciario de 500.000 dólares canadienses para ayudar a los ancianos que deseen mantener su forma de vida tradicional), observa que el ofrecimiento oficial del Gobierno asciende a unos 45 millones de dólares canadienses en beneficios y programas,

además de la reserva de 95 millas cuadradas. La Agrupación ha pedido una indemnización adicional por un monto de 114 a 275 millones de dólares canadienses por concepto de ingresos que presuntamente había perdido. El Estado parte ha negado que la Agrupación tenga derecho a esa suma pero ha indicado que está dispuesto a cumplir cada uno de los elementos de su ofrecimiento sin perjuicio del derecho de la Agrupación a demandar al Gobierno Federal para obtener una indemnización adicional.

21.3 El Estado parte llega a la conclusión de que su ofrecimiento más reciente es justo por dos razones, es compatible con otros arreglos recientes a que se ha llegado con grupos aborígenes y atiende los legítimos objetivos sociales y económicos de la Agrupación. El Estado parte agrega que el proceso de negociación en la comunidad debe ser considerado un medio práctico y una oportunidad para que las comunidades indias aumenten su autonomía y su poder de adopción de decisiones. La política del Gobierno Federal prevé negociaciones acerca de una amplia gama de cuestiones, como las instituciones de gobierno, la composición, la responsabilidad, los arreglos financieros, la educación, los servicios de salud y el desarrollo social. Sobre la base de las consideraciones que anteceden, el Estado parte pide que el Comité declare inadmisibles la comunicación por no haberse agotado todos los recursos internos existentes.

22.1 En una nueva exposición, de fecha 22 de marzo de 1989, el autor rechaza la exposición presentada por el Estado parte el 2 de febrero de 1989 calificándola no sólo de engañosa sino incluso de falsa prácticamente en su integridad. Aduce que las recientes negociaciones entre la Agrupación del Lago Lubicon y el Gobierno Federal no constituyeron por parte del Gobierno "un intento serio de resolver los problemas del Lubicon en modo alguno". El "ofrecimiento oficial" del Gobierno obedecía más bien a razones de relaciones públicas y prácticamente no le comprometía a nada. De ser aceptado, habría dejado a los miembros de la comunidad desprovistos de medios judiciales para obtener una reparación.

22.2 El autor, para corroborar sus afirmaciones, afirma que el "ofrecimiento oficial" del Gobierno no incluye más que el compromiso de propor-

cionar vivienda y una escuela. En cambio, no hay "compromiso alguno de proporcionar los medios y el equipo necesario para que el pueblo lubicón maneje sus propios asuntos, como servicios para formación profesional, apoyo para el desarrollo económico o comercial o base alguna que sirva a la Agrupación para lograr la independencia financiera". Sostiene además que, en contraposición a la afirmación del Estado parte de que se ha llegado a un acuerdo acerca de la mayoría de los problemas respecto de los cuales la Agrupación pedía una solución viable, incluida la composición, las dimensiones de la reserva y la construcción de la comunidad' no se ha llegado a un acuerdo respecto de ninguno, de ellos. El autor señala además que, mientras el Estado parte dice que su ofrecimiento equivaldría a unos 45 millones de dólares canadienses en beneficios y programas, no ha indicado que la mayoría de esos fondos no están aún asignados y que la Agrupación del Lago Lubicon, sin recursos judiciales suficientes, no tendría posibilidad alguna de obtener en el futuro cualquier otro compromiso del Gobierno.

23.1 En su exposición del 30 de mayo de 1989, el autor recuerda que la Agrupación del Lago Lubicon ha persistido en sus denuncias ante la jurisdicción interna por conducto de los tribunales del Canadá durante 14 años, y que el carácter de las denuncias y del proceso judicial de que se trata prolongarán inevitablemente el procedimiento durante otros 10 años. Agrega que el Estado parte no discute que las acciones judiciales y las negociaciones iniciadas para salvaguardar el modo de vida de la Agrupación no han tenido resultado alguno, y que las acciones judiciales relativas a las cuestiones del título sobre la tierra y la indemnización tardarán años en resolverse, si es que llegaran a resolverse. Se señala que tras la negativa de la Agrupación a aceptar una oferta de arreglo que obligaría al pueblo lubicon a renunciar a todos los derechos a entablar acciones legales que entrañasen una controversia con el Estado parte, a cambio de promesas de futuras conversaciones entre el Canadá y la Agrupación, el Canadá abandonó las negociaciones. El autor añade que "en lugar de continuar buscando un curso de transacción y arreglo, .el Canadá ha enviado agentes a comunidades no aborígenes de Alberta septentrional, en la zona que rodea inmediatamente al territorio tradicional Lubicon". Con los servicios de una persona que según se afirma mantiene vínculos familiares con la Agrupación del Lago Lubicon, pero que no ha residido en

la comunidad durante 40 años, se afirma que dichos agentes procuran inducir a otros aborígenes a que pacten en forma privada con el Gobierno Federal. La mayoría de las personas que los agentes han identificado no parecen estar vinculadas con ninguna sociedad aborigen reconocida.

23.2 Como justificación de alegaciones anteriores, el autor explica que la pérdida de la base económica de la Agrupación del Lago Lubicon y el derrumbamiento de sus instituciones sociales, incluida la transición de una forma de vida caracterizada por la colocación de trampas para la caza y la caza misma a una existencia sedentaria, ha llevado a un pronunciado deterioro de la salud de los miembros de la Agrupación: "... la dieta de la población ha experimentado un cambio dramático con la pérdida de sus animales de caza, su dependencia de alimentos elaborados menos nutritivos y el espectro del alcoholismo, que antes era desconocido en la comunidad y que ahora la domina... Como consecuencia de estos cambios drásticos en la existencia física de la comunidad, se han deteriorado agudamente la salud básica y la resistencia de los miembros de la comunidad a las infecciones. La falta de agua corriente y de instalaciones sanitarias en la comunidad, necesarias para reemplazar los sistemas tradicionales de ordenación hídrica y sanitaria, ... están dando lugar al desarrollo de enfermedades relacionadas con la pobreza y las condiciones deficientes de higiene y de salud. Prueba de esa situación es el incremento asombroso en el número de niños anormales que nacen y en el reciente brote de tuberculosis, que afecta aproximadamente a un tercio de la comunidad."

24.1 En una comunicación de fecha 20 de junio de 1989, el Estado parte reconoce "que la Agrupación del Lago Lubicon ha sufrido una injusticia histórica y que tiene derecho a una reserva y a ciertos derechos relacionados con ella". Sostiene, sin embargo, que ha ofrecido a la Agrupación los medios de mantener su cultura, decidir su propia forma de vida y alcanzar la autonomía económica, que de aceptarse constituirían una reparación efectiva de las violaciones del Pacto que alega la Agrupación. Sin embargo, una reparación de esa naturaleza no puede imponerse a la Agrupación. El Estado parte recuerda que entre noviembre de 1988 y enero de 1989 tuvieron lugar negociaciones entre la Agrupación del Lago Lubicon y funcionarios de alta

jerarquía del Gobierno del Canadá: en el otoño de 1988, el Jefe Ominayak se reunió también con el Primer Ministro del Canadá. Se afirma que el Estado parte satisfizo prácticamente todas las demandas de los autores, bien en su totalidad, bien en la medida en que no se alejaran demasiado del tratamiento que recibían otras agrupaciones autóctonas del Canadá. En total se ofrecieron a la Agrupación 95 millas cuadradas de tierras, de las cuales 79 con derechos de explotación minera, servicios comunitarios para cada una de las familias que habitaban en la reserva, control del número de miembros y un conjunto de medidas destinadas a que la Agrupación alcanzara la autonomía económica. Si se tiene en cuenta que los miembros de la Agrupación son 500 y que el conjunto de medidas del Gobierno asciende a 45 millones de dólares canadienses (sin incluir las tierras ni los derechos de explotación minera), esta oferta representa 90.000 dólares por persona, o sea, casi 500.000 dólares por cada familia de cinco miembros. Se rechazaron ciertas demandas de la Agrupación, tales como una pista de hielo cubierta y una piscina.

24.2 Según el Estado parte, el único punto importante de desacuerdo que quedó pendiente entre el Gobierno Federal y la Agrupación fue una reclamación por parte de ésta de unos 167 millones de dólares canadienses de indemnización por las pérdidas económicas y de otra índole presuntamente sufridas. En un intento de permitir que se resolvieran las cuestiones respecto de las cuales las partes habían llegado a un acuerdo, el Gobierno Federal presentó una propuesta según la cual la Agrupación podría aceptar la oferta del Estado parte en su totalidad, sin perjuicio de proseguir el trámite de su reclamación general de una indemnización ante los tribunales canadienses. El Estado parte rechaza la afirmación de que "prácticamente todos los temas de importancia" de su oferta "se remitían a futuras conversaciones", y sostiene que el Gobierno ha manifestado su acuerdo con la mayoría de las demandas de la Agrupación respecto de tierras, derechos de explotación minera, servicios comunitarios, control del número de miembros y conjunto de medidas para alcanzar la autonomía económica. Por último, el Estado parte rechaza la alegación de que ha negociado de mala fe.

24.3 En cuanto al procedimiento, el Estado parte señala que, desde su decisión sobre la admisibilidad, el Comité no ha facilitado ninguna acla-

ración que permita al Estado parte responder a alegaciones concretas sobre violaciones del Pacto. Por consiguiente, sostiene que los procedimientos no han pasado de la etapa de la admisibilidad. Afirma asimismo que al actuar en el marco de su jurisdicción y su procedimiento, el Comité debería: a) emitir un dictamen de conformidad con el párrafo 4 del artículo 93, en el cual indicara el resultado de su reconsideración de la admisibilidad; b) si decidiera que la comunicación es admisible, debería especificar los artículos y las pruebas que sirven de base a dicha conclusión; y c) debería conceder al Gobierno Federal un período de seis meses para que este pudiera presentar sus observaciones sobre el fondo de la cuestión.

25. En su decisión interlocutoria de 14 de julio de 1989, el Comité de Derechos Humanos invitó al Estado parte a que le presentara cualquier nueva explicación o declaración relativa al fondo de las afirmaciones del autor, además de sus anteriores exposiciones, a más tardar el 1° de septiembre de 1989. Se pidió nuevamente al Estado parte, que de conformidad con el artículo 86 del reglamento provisional y en espera de la decisión final del Comité, adoptara medidas para evitar daños al autor y a los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon.

26.1 En su respuesta a la decisión provisional, de fecha 31 de agosto de 1989, el Estado parte afirma que se le están negando las vías de derecho, ya que los principios de la justicia natural requieren que la parte interesada sepa el cargo concreto que se le imputa y la prueba en que se funda la acusación del autor de la comunicación. Declara que, ya que no ha sido informado de los artículos del Pacto ni de las pruebas en que se funda la decisión por la que se declaró admisible la comunicación, no se han respetado los principios de la equidad en materia de procedimiento y que se ha menoscabado la capacidad del Gobierno Federal para dar respuesta a la reclamación de la Agrupación.

26.2 Con respecto a las presuntas violaciones del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26, el Estado parte rechaza como "totalmente infundadas" las alegaciones en el sentido de que dejara de proporcionar a la Agrupación un tribunal justo, independiente e imparcial para la resolución de sus



reivindicaciones: la larga tradición de imparcialidad e integridad de los tribunales canadienses comprende muchas causas que han sido ganadas por litigantes aborígenes. Se afirma que la Agrupación no ha presentado ninguna prueba que indique que las autoridades judiciales hayan actuado de modo distinto en las acciones judiciales que se refieren a la Agrupación del Lago Lubicon. Además, el Estado parte declara que la responsabilidad por cualquier demora en la resolución de las actuaciones judiciales relativas a la Agrupación se debe en gran parte en la propia Agrupación. La Agrupación no sólo no adoptó las medidas necesarias para impulsar ninguna de las acciones que interpuso inicialmente y se negó a colaborar con el Gobierno Federal en las iniciativas que éste tomó con el ánimo de resolver los problemas sino que, además, el 30 de septiembre de 1988, la Agrupación declaró que no reconocía la jurisdicción de los tribunales canadienses, con lo que socavó todo intento de obtener una resolución por la vía del procedimiento judicial'

26.3 El Estado parte proporciona un resumen detallado de la cronología de las acciones judiciales en la causa de la Agrupación. Existen tres procedimientos judiciales pendientes con respecto a la Agrupación. La primera de estas acciones judiciales fue interpuesta por la Agrupación ante el Tribunal Federal del Canadá contra el Gobierno Federal. Esta demanda ha quedado en suspenso desde 1981. Si bien, según el Estado parte, correspondía a la Agrupación impulsar la tramitación siguiente en el procedimiento judicial. La segunda demanda fue interpuesta por la Agrupación ante el Tribunal Real de Alberta contra la provincia y contra ciertas entidades privadas. Después de que en 1985 se denegara a la Agrupación un interdicto provisional, ésta no tomó ninguna medida sustantiva en el procedimiento y abandonó su apelación contra la decisión del Tribunal, que se negó a incluir al Gobierno Federal como parte. La tercera acción fue interpuesta en mayo de 1988 por el Gobierno Federal en un intento de superar las dificultades de orden jurisdiccional y hacer comparecer ante el mismo Tribunal tanto al gobierno provincial como al Gobierno Federal y a la Agrupación y de resolver finalmente los problemas. La Agrupación se negó a participar en esta iniciativa a pesar de los esfuerzos del Presidente del Tribunal Real de Alberta de acelerar la tramitación del asunto. Esta acción ha quedado también en suspenso. Según el Estado parte, cada uno de los procedimientos judiciales

citados ofrece un camino para que la Agrupación pueda obtener una solución a sus reivindicaciones.

26.4 El Estado parte sostiene que, además de los procedimientos judiciales, el Gobierno Federal ha tratado de resolver los asuntos con la Agrupación del Lago Lubicon por medio de negociaciones. De este modo, las ofertas presentadas durante estas negociaciones (esbozadas en párr. 24.1 supra) satisfacían virtualmente cada una de las demandas del autor, íntegramente o en muy gran medida. El Estado parte agrega que se ha iniciado una nueva serie de negociaciones y que "se están haciendo grandes esfuerzos a este respecto". Las conversaciones entre la Agrupación y el gobierno provincial de Alberta se reanudaron el 23 de agosto de 1989 y estaba previsto que unas nuevas conversaciones con el Gobierno Federal empezaran el 7 de septiembre de 1989. El Estado parte reitera que su oferta a la Agrupación todavía está en pie.

26.5 Con respecto a la determinación de los miembros de la Agrupación, el Estado parte rechaza como "totalmente incorrecta" la afirmación de la Agrupación en el sentido de que "el Canadá ha tratado de someter a los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon a la aplicación retroactiva de la Ley India del Canadá antes de ser modificada tras la decisión del Comité en el caso Sanara Lovelace contra el Canadá". El Estado parte declara que, al contrario, la Agrupación presentó en 1985 una fórmula para determinar la calidad de miembro en aplicación de la Ley India (reformada a raíz de la decisión del Comité sobre el asunto Lovelace), que fue aceptada por el Canadá y dio a la Agrupación un control total sobre los miembros que la integraban. En consecuencia, la oferta del Gobierno Federal se basa en que hay 500 personas aproximadamente que por determinación de la Agrupación integran en calidad de miembros la comunidad del Lago Lubicon.

26.6 Con respecto a las presuntas violaciones de los artículos 17 y 23, párr. 1), y los artículos 18 y 27, el Estado parte rechaza como inexacta y distorsionada la afirmación de la Agrupación en el sentido de que "el Canadá participa en un proyecto en virtud del cual prácticamente todas las tierras tradicionales de los Lubicon han sido alquiladas para la explotación maderera". Señala que la fábrica de pasta de madera de Daishowa, que se halla ac-

tualmente en construcción al norte del Peace River, en Alberta, no se encuentra dentro de las presuntas tierras "tradicionales" de la Agrupación ni dentro de la zona que la Agrupación y la provincia de Alberta convinieron en considerar como reserva. Se declara que la nueva fábrica de pasta de madera se halla situada a unos 80 kilómetros de distancia de las tierras destinadas a reservas de la Agrupación. El Estado parte continúa diciendo: "En lo que respecta a la zona disponible para que la fabrica de pasta de madera cuente con suministros para sus operaciones, el convenio para la explotación maderera concertado entre la provincia de Alberta y la citada fabrica excluye específicamente las tierras que se propone destinar a la Agrupación del Lago Lubicon. Además, y de acuerdo con los principios de una explotación maderera inteligente, la zona que se talará anualmente fuera de las tierras propuestas como reserva de los Lubicon representará menos del 1% de la zona que se especifica en el acuerdo de explotación forestal."

26.7 Por último, el Estado parte informa sobre la evolución reciente registrada en la comunidad de Cadotte Lake/ Buffalo Lake, en cuyo seno residen actualmente la mayoría de los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon. En diciembre de 1988, el Gobierno Federal tuvo conocimiento de la existencia de un nuevo grupo dentro de la comunidad, el cual estaba tratando de resolver la cuestión de los derechos de sus miembros con arreglo al Tratado 8, independientemente de la Agrupación del Lago Lubicon. Este grupo, integrado por unas 350 personas, pidió al Gobierno que lo reconociera como Agrupación de los Woodland Cree. Según el Estado parte, el grupo está integrado por miembros de la Agrupación del Lago Lubicon que han manifestado oficialmente su propósito de integrarse en la nueva Agrupación, por antiguos miembros de la Agrupación del Lago Lubicon que fueron expulsados de ésta en enero de 1989 y por otras personas nativas que viven en el seno de la comunidad. El Gobierno Federal convino en la creación de la Agrupación de los Woodland Cree. El Estado parte agrega que reconoce idénticas obligaciones jurídicas respecto de los Woodland Cree que respecto de los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon.

26.8 En otro documento de fecha 28 de septiembre de 1989, el Estado parte se refiere a las negociaciones tripartitas entre el Gobierno Federal,

el Gobierno Provincial y la Agrupación del Lago Lubicon, previstas para fines de agosto y principios de septiembre de 1989; declara que, aunque la Agrupación se había comprometido a presentar una contrapropuesta global al ofrecimiento pendiente del Gobierno Federal y a facilitar una lista de las personas a las que representaba en las negociaciones, el 7 de septiembre de 1989 se le informó de que la Agrupación no había preparado una contrapropuesta ni facilitaría la lista de personas a las que afirmaba representar. Se dice que la Agrupación declaró que se negaba a negociar en presencia del Sr. Ken Colby, uno de los miembros del grupo de negociación del Canadá, debido a que esta persona actuaba como portavoz del Gobierno ante los medios de comunicación. Así pues, al haberse negado la Agrupación a continuar un debate significativo sobre sus reclamaciones, las negociaciones no se reanudaron.

27.1 En sus comentarios del 2 de octubre de 1989 a la respuesta del Estado parte a la decisión provisional del Comité, el autor declara que la afirmación del Estado parte en el sentido de que ve menoscabada su capacidad de preparar la causa ante el Comité de Derechos Humanos es infundada, ya que todas las bases fácticas y jurídicas de la reclamación de la Agrupación se han debatido ampliamente. Con respecto a si la Agrupación continúa disponiendo de algún recurso efectivo en el Canadá, se señala que no existe ningún recurso interno que pueda restablecer la economía o el estilo de vida tradicional de la Agrupación del Lago Lubicon, que "han sido destruidos como resultado directo de la negligencia y de actos deliberados del Gobierno del Canadá". El autor declara que, desde un punto de vista jurídico, la situación de la Agrupación está de acuerdo con la decisión del Comité en el caso *Lúñoz contra el Perú*, en que se concluyó que el concepto de un juicio imparcial, según lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, entraña que la justicia debe administrarse sin demoras indebidas. En ese caso, el Comité señaló que una demora de siete años en las acciones internas era irrazonablemente prolongada. El autor señala que, en el caso de la Agrupación las acciones judiciales se iniciaron en el país en 1975. Además, aunque la Agrupación solicitó por primera vez una reserva al Gobierno Federal en 1933, el asunto sigue sin resolverse. Según la Agrupación, ésta se ha visto forzada a poner fin a los 14 años de litigio debido principalmente a dos decisiones que de hecho privan a la Agrupación de la posibilidad de hacer cual-

quier reclamación de derechos territoriales aborígenes contra el Gobierno Federal. Así, en 1986, el Tribunal Supremo del Canadá, en el caso *X*, negó al Tribunal Federal jurisdicción en los juicios sobre derechos territoriales aborígenes que se incoasen dentro de los límites provinciales. A la luz de esa decisión, la Agrupación solicitó a los tribunales de Alberta, en 1987, que incluyesen al Gobierno Federal como parte necesaria en las acciones entabladas por la Agrupación sobre sus derechos territoriales aborígenes: el Gobierno Federal se opuso a esa petición. En mayo de 1988, el Gobierno Federal instituyó acciones judiciales que, a juicio del autor, estaban destinadas a persuadir al Tribunal Real de Alberta de que la Agrupación sólo tenía derecho, en virtud de un tratado, a 40 millas cuadradas de territorio. Se afirma que, desde el punto de vista del Gobierno Federal, una decisión favorable eliminaría los impedimentos a los derechos de explotación maderera de la empresa Daishowa, que abarcan prácticamente todo el territorio tradicional de los Lubicon, y quitaría "todo sentido a las cuestiones relacionadas con la destrucción de la base económica de la Agrupación". El autor declara que el Presidente del Tribunal Real de Alberta reconoció que antes de decidir sobre cualquier cuestión de derechos dimanados de tratados había que determinar el asunto de los derechos territoriales aborígenes y que si el Estado parte hubiese tenido interés en que los tribunales resolviesen las cuestiones de los derechos territoriales de los Lubicon, en vez de utilizarlos para obstaculizar todo esfuerzo por resolver la cuestión, habría remitido la cuestión directamente al Tribunal Supremo del Canadá.

27.2 Por lo que hace a la referencia del Estado parte a una solución negociada, el autor sostiene que la oferta no es equitativa ni guarda relación con las necesidades de la comunidad lubicon, por cuanto dejaría pendientes para negociaciones futuras prácticamente todas las cuestiones de alguna importancia, las decisiones por parte del Canadá y las solicitudes por la Agrupación, a cambio de lo cual, la Agrupación tendría que renunciar a todas las reclamaciones presentes o futuras, nacionales o internacionales, contra el Gobierno del Canadá, incluida su comunicación al Comité de Derechos Humanos. El autor dice además que el acuerdo de octubre de 1988 entre la Agrupación y la Provincia de Alberta no resuelve en absoluto las demandas territoriales aborígenes y que la caracterización del acuerdo que hace el Estado

parte ha sido "engañosa". En este contexto, el autor argumenta que, contrariamente a lo declarado en exposiciones anteriores, el Estado parte no se ha ofrecido a aplicar el acuerdo de octubre de 1988 y que, aunque estuviera efectivamente dispuesto a honrar las disposiciones del acuerdo, quedarían por resolver otros problemas no abordados, entre los cuales se encuentra la importante cuestión de la justa indemnización.

27.3 Para sustanciar sus anteriores comunicaciones relativas a supuestas violaciones de los artículos 14 y 26, el autor sostiene que el Estado parte no sólo no ha otorgado a la Agrupación igualdad de protección respecto de grupos no indios, sino que además ha tratado de denegarle la igualdad de protección respecto de otras agrupaciones nativas. Así, por lo que respecta a la cuestión de la composición de la Agrupación, el autor sostiene que el efecto de la fórmula que propuso el Canadá en 1986 para determinar la composición de la Agrupación tendría por efecto denegar derechos indígenas a más de la mitad del pueblo Lubicon con lo cual ese pueblo sería tratado de manera distinta, desigual y discriminatoria en comparación con todos los demás pueblos nativos. Se asegura que, por lo menos hasta diciembre de 1988, el Estado parte trató de aplicar a la Agrupación criterios que eran los de la legislación anterior a la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Lovelace contra el Canadá, legislación que se consideró contraria al artículo 27 del Pacto.

27.4 En cuanto a las supuestas violaciones de los artículos 17, 18, 23 y 27, el autor reitera que el Estado parte ha tratado de tergiversar la presentación de acontecimientos recientes y se ha concentrado en un debate engañoso del proyecto maderero de Daishowa, con ánimo de desviar la atención del Comité "de la destrucción consciente y premeditada de la sociedad del Lubicon". Recuerda el autor que apenas siete meses después de que el Comité hiciera su petición de protección provisional de conformidad con el artículo 86, casi todo el territorio tradicional del Lubicon fue arrendado con fines comerciales en relación con el proyecto maderero de Daishowa. El pertinente acuerdo de ordenación forestal para proporcionar árboles a la nueva fábrica de pasta de papel, abarca, según se asegura, toda la zona tradicional para la caza y el uso de trampas de los Lubicon, que comprende 10.000 km cuadrados, con excepción de 65 km cuadrados dejados a parte pero que nunca se

establecieron formalmente como reserva. Asegura el autor que el Canadá ha actuado en violación de la petición del Comité de protección provisional cuando vendió los recursos madereros de los 10.000 kilómetros cuadrados, que según se asegura eran utilizados tradicionalmente por la Agrupación y nunca cedidos por ésta a una empresa japonesa. Además, se afirma que el Canadá trata de hacer ver que las consecuencias del proyecto de Daishowa son mínimas: el autor señala que los planes actuales de producción exigirían la tala de 4 millones de árboles anualmente y que además se han dado a conocer públicamente los planes para duplicar la prevista producción anual de 340.000 toneladas métricas de pasta de papel. De mantenerse a ese ritmo, esta actividad económica seguiría destruyendo, a juicio del autor, la zona tradicional de vida de la comunidad Lubicon. Asegura que el hecho de que las 95 millas cuadradas reservadas de conformidad con el acuerdo de octubre de 1988 están relativamente intactas carecería de importancia, ya que la caza de la que tradicionalmente han dependido los miembros de la agrupación para su subsistencia ya ha sido expulsada de la totalidad de la zona de 10.000 kilómetros cuadrados.

27.5 Por último, el autor asegura que la creación por el Estado parte de la denominada Agrupación del pueblo "Woodland Cree", mediante la cual se está intentando inventarse unos derechos de propiedad antagónicos sobre las tierras tradicionales de los Lubicon, hace que el Estado parte cometa una nueva violación de los artículos 1, 26 y 27 del Pacto. A este respecto, el autor sostiene que la Agrupación del pueblo Woodland Cree es: "Un grupo de individuos dispares que el Canadá ha reunido tomándolos de una docena de comunidades distintas repartidas por Alberta y Columbia Británica, que carecen de historia en tanto que sociedad aborígen organizada y que como grupo no tienen relación con el territorio tradicional de la agrupación del Lago Lubicon [y que constituye] el esfuerzo más reciente del Canadá para debilitar la sociedad tradicional Lubicon y subvertir los derechos territoriales de los Lubicon." El autor añade que el Gobierno Federal del Canadá ha apoyado financiera y jurídicamente a la Agrupación Woodland Cree y la ha reconocido "con una celeridad sin precedentes", saltándose así el turno de más de 70 agrupaciones. incluidas seis comunidades Cree homogéneas y coherentes en la zona septentrional de Alberta, y que hace más de 50 años que

esperan ser reconocidas como agrupaciones. Se dice que algunos de los supuestos miembros de la Agrupación de los Woodland Cree proceden precisamente de esas comunidades. El autor hace referencia al artículo 17 de la Ley India canadiense, que otorga al Ministro de Asuntos Indios del Canadá la facultad de constituir agrupaciones y decidir "la porción de las tierras de la reserva y de los fondos de la agrupación ya existente que el Ministro determine" que ha de reservarse para uso y usufructo de la nueva agrupación. Asegura el autor que las facultades que confiere el artículo 17 de la Ley India son extraordinarias e inconstitucionales "y que se han invocado para crear [la] Agrupación de los Woodland Cree y despojar a la Agrupación del Lago Lubicon de su territorio tradicional y su cultura". Además, pese a que el Estado parte sostiene que la Agrupación del pueblo Woodland Cree está constituida por unas 350 personas, el autor asegura que la Agrupación se ha negado sistemáticamente a hacer públicos sus nombres para que sus derechos puedan comprobarse. Declara que el Gobierno Federal ha reconocido que los miembros de la Agrupación Woodland Cree sólo totalizan 110 personas.

27.6 En conclusión, el autor dice que el Estado parte ha sido incapaz de refutar los cargos formulados por la Agrupación de conformidad con el artículo 2, el párrafo 1 del artículo 6, el artículo 7, el párrafo 1 del artículo 14, el artículo 17, el párrafo 1 del artículo 1a, el párrafo 1 del artículo 23 y los artículos 26 y 27, expuestos en sus comunicaciones de 12 de enero de 1988 y de 30 de mayo de 1989, y pide al Comité que falle en contra del Estado parte en lo que respecta a esos artículos. Por lo que se refiere a una supuesta violación del artículo 1, dice que, si bien ha firmado todas las comunicaciones al Comité, como representante de la Agrupación, actúa únicamente en su calidad de representante legítimamente elegido y no en su propio nombre. A este respecto, señala que si bien el artículo 2 del Protocolo Facultativo prevé que las comunicaciones al Comité sólo podrá presentarlas un individuo, el artículo 1 del Pacto garantiza a "todos los pueblos . . . el derecho de libre determinación". Añade que "si el Comité decide que el individuo que hace una alegación en nombre de un grupo con arreglo a las disposiciones del artículo 2 del Protocolo Facultativo, no puede formular una alegación con arreglo al artículo 1 del Pacto, en nombre de ese grupo, el Comité habrá establecido de hecho que los derechos enumerados en el artículo



culo 1 del Pacto no pueden hacerse valer". El autor añade además que "es evidente que el Comité no ha tenido el propósito de llegar a esa conclusión" y que "por lo tanto, la Agrupación afirma respetuosamente que, en tanto que pueblo, representado por su líder legítimamente elegido, Jefe Bernard Ominayak, la Agrupación del Lago Lubicon ha sido víctima de violaciones de sus derechos enumerados en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte del Gobierno Federal del Canadá".

28.1 En una comunicación final fechada el 8 de noviembre de 1989, el Estado parte recuerda que en cualquier evaluación de las actuaciones judiciales en el caso de la Agrupación del Lago Lubicon, hay que tener en cuenta la división constitucional de poderes en el Estado parte entre los Gobiernos Federal y provincial y las jurisdicciones respectivas de los tribunales. Cuando se reclaman tierras de propiedad de la provincia, como es el caso de los lubicon, el Tribunal Supremo del Canadá ha fallado que estas reclamaciones deben presentarse contra los gobiernos provinciales. El Tribunal Supremo del Canadá define claramente, dice el Estado parte, el foro judicial adecuado para la reclamación de la Agrupación en materia de derechos aborígenes a la tierra. El Estado parte destaca que el hecho de que los representantes de la Agrupación no entablen un proceso ante los tribunales adecuados no significa que los tribunales canadienses no quieran o no sean capaces de atender a sus reivindicaciones en un proceso con las debidas garantías.

28.2 En relación con la distinción entre derechos aborígenes a la tierra y el de los derechos establecidos en virtud de un tratado, el Estado parte explica que, de acuerdo con el derecho constitucional canadiense, los derechos aborígenes se pueden extinguir con derechos nacidos de un tratado. Cuando esto ocurre, las agrupaciones aborígenes pueden reivindicar prestaciones con arreglo a esos tratados. El Estado parte reconoce que la Agrupación del Lago Lubicon tiene una reclamación de derechos válida en virtud del Tratado 8, que se concertó en 1899 en la provincia de Alberta con los Cree y otros indios de la zona. Los derechos reconocidos por el Tratado 8 constituyen la base de las ofertas formuladas por los Gobiernos del Canadá y de Alberta a la Agrupación. El ofrecimiento del gobierno provincial, en virtud del acuerdo de octubre de 1988, está relacionado con las disposiciones

del Tratado. En cambio, los 10.000 kilómetros cuadrados a que hace referencia la Agrupación en sus comunicaciones se refieren a sus reivindicaciones aborígenes, que no han sido reconocidas por el Gobierno canadiense. Las denuncias de la Agrupación respecto de la continuación de la extracción de petróleo o de la posible explotación de la madera se refieren a actividades realizadas en ese amplio territorio de 10.000 kilómetros cuadrados, no en las tierras definidas en los acuerdos propuestos entre la Agrupación y los Gobiernos provincial y Federal.

28.3 El Estado parte niega la acusación de la Agrupación de que se ha destruido el modo de vida de ésta basado en la caza y la colocación de trampas y señala que en las zonas que abarca la concesión maderera el bosque, por lo general, permanece intacto y capaz de soportar a una población animal suficiente como para permitir que los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon que deseen seguir un modo de vida tradicional puedan hacerlo. Añade que las perturbaciones de los ecosistemas del bosque conllevan generalmente un aumento de la población de los mamíferos de mayor tamaño, puesto que producen una mayor disponibilidad de alimentos en las zonas abiertas.

28.4 Por último, el Estado parte reafirma la naturaleza voluntaria de la creación de la Agrupación de los Woodland Cree. Señala que una minoría de las personas que desean unirse a la Agrupación de los Woodland Cree, estuvo incluida, en diversos momentos, entre los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon. Con posterioridad, algunos de ellos -señala el Estado parte- abandonaron voluntariamente la Agrupación del Lago Lubicon, mientras que otros 30, aproximadamente, fueron expulsados recientemente por decisión de la Agrupación del Lago Lubicon. Se sostiene que los miembros de la Agrupación de los Woodland Cree presentaron al Gobierno Federal una demanda de reconocimiento muy semejante a la que presentaron los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon antes de su reconocimiento en el decenio de 1930. La nueva Agrupación fue reconocida porque, a juicio del Estado parte, algunos de sus miembros tienen derechos sobre tierras de conformidad con el Tratado 8 y desean ejercer en común esos derechos. El Estado parte añade que ha reconocido a la Agrupación de los Woodland Cree a petición

expresa de los solicitantes, para que fuera posible que hicieran realidad su deseo de vivir colectivamente, y que la Agrupación de los Woodland Cree no ha reivindicado ninguna tierra que haya sido solicitada también por los Lubicon.

### **Resumen de las comunicaciones**

29.1 Desde el principio, la denuncia del autor, aunque es parte de un complejo marco, se refería primordialmente a la supuesta denegación del derecho a la libre determinación y del derecho de los miembros de la Agrupación del Lago Lubicon a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Se afirmó que, aunque el Gobierno del Canadá, en virtud de la Ley India de 1970 y del Tratado 8 de 21 de junio de 1899, había reconocido el derecho a la Agrupación del Lago Lubicon a continuar su modo de vida tradicional, su territorio (aproximadamente 10.000 kilómetros cuadrados) había sido expropiado en beneficio de intereses comerciales (la exploración de petróleo y de gas) y destruido, con lo cual se había privado a la Agrupación del Lago Lubicon de sus medios de subsistencia y del goce del derecho a la libre determinación. Se sostuvo que la destrucción acelerada de la base económica y de la forma de vida aborígen de la Agrupación ya había ocasionado daños irreparables. Se afirma además que el Gobierno del Canadá había utilizado deliberadamente los procesos políticos y legales internos para impedir y demorar todos los esfuerzos de la Agrupación por obtener reparación, de tal modo que el desarrollo industrial de la región, sumado a la destrucción de la base ambiental y económica de la Agrupación, haría imposible su supervivencia como pueblo. El autor ha afirmado que la Agrupación del Lago Lubicon no pide que el Comité adopte una decisión en materia de derechos territoriales sino tan sólo que le ayude a tratar de persuadir al Gobierno del Canadá de que: a) la existencia de la Agrupación se encuentra gravemente amenazada y b) el Canadá es responsable de la situación actual.

29.2 El Estado parte ha rechazado desde el primer momento las afirmaciones de que está en peligro la existencia de la Agrupación del Lago Lubicon y ha afirmado que el aprovechamiento permanente de los recursos no ocasionara daños irreparables a la forma de vida tradicional de la Agrupación.

Ha observado que los supuestos derechos de la Agrupación a algunos terrenos situados en el norte de la provincia de Alberta forman parte de una compleja situación en que hay una serie de pretensiones contrapuestas de otras agrupaciones aborígenes de la región, que respecto de los derechos alegados por la Agrupación aún era posible obtener una reparación eficaz, tanto por conducto de los tribunales como mediante negociaciones, que el Gobierno había pagado voluntariamente a la Agrupación 1.5 millones de dólares a fin de sufragar las costas legales y que en todo caso, de acuerdo con el Protocolo Facultativo, no se podía invocar el artículo 1 del Pacto, relativo a los derechos de las personas, puesto que prevé el examen de presuntas violaciones de los derechos individuales, pero no de derechos colectivos reconocidos a pueblos.

29.3 Esta era la situación cuando en julio de 1987 el Comité resolvió que la comunicación era admisible "dado que podía plantear cuestiones relativas al artículo 27 o a otros artículos del Pacto". En vista de la gravedad de las afirmaciones del autor en el sentido de que la Agrupación del Lago Lubicon se encontraba próxima a la extinción, el Comité pidió al Estado parte que, en virtud del artículo 86 del reglamento "adoptase medidas provisionales para evitar daños irreparables a (autor de la comunicación) y a los demás miembros de la Agrupación del Lago Lubicon".

29.4 El Estado parte, insistiendo en que no se habían ocasionado daños irreparables a la forma de vida tradicional de la Agrupación del Lago Lubicon y en que no había peligro inminente de que se produjesen dichos daños, así como que tanto el juicio sobre el fondo de las alegaciones de la Agrupación como el proceso de negociación eran alternativas efectivas y viables para lograr la reparación provisional que la Agrupación en vano había tratado de obtener en los tribunales, en octubre de 1987, pidió al Comité que, con arreglo al párrafo 4 del artículo 93 del reglamento, reconsiderara su decisión sobre admisibilidad en lo tocante al requisito de que estuvieran agotados los recursos internos. Al respecto, el Estado parte insistió en que la demora en la acción judicial interpuesta por la Agrupación podían atribuirse más que nada a la propia inacción de la Agrupación. A continuación, el Estado parte explica que desde hace mucho tiempo procura resolver mediante negociación las pretensiones territoriales válidas y pendientes de las agrupaciones indias.

29.5 A partir de entonces (octubre de 1987), las partes han hecho una serie de presentaciones, en que se refutan la una a la otra aduciendo que sus afirmaciones contienen errores de hecho o son simplemente falsas. El autor ha acusado al Estado parte de crear una situación que directa o indirectamente ha causado la muerte de numerosos miembros de la Agrupación y está poniendo en peligro las vidas de los demás miembros de la comunidad lubicon, que el número de abortos y de nacimientos de niños muertos ha aumentado vertiginosamente y que, en general, la cantidad de alumbramientos anormales ha pasado de cerca de cero a casi un cien por ciento, todo ello en violación del artículo 6 del Pacto; que la devastación de que ha sido objeto la comunidad constituye un trato cruel, inhumano y degradante en violación del artículo 7; que la falta de objetividad de los tribunales canadienses ha desbaratado los esfuerzos de la Agrupación por proteger su territorio, comunidad y medios de vida y que varios de los jueces han tenido claros vínculos económicos y personales con la contraparte de la Agrupación en las acciones judiciales, todo ello en violación del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26; que el Estado parte ha permitido la destrucción de las familias y hogares de los miembros de la Agrupación en violación del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23; que se ha "usurpado a los miembros de la Agrupación el reino físico que les concede su religión" en violación del párrafo 1 del artículo 18, y que todo lo que antecede constituye también una violación de los párrafos 1 a 3 del artículo 2 del Pacto.

20.6 El Estado parte ha rechazado categóricamente las afirmaciones que anteceden, calificándolas de infundadas y no probadas y de abuso del derecho de presentar solicitudes al Comité. Afirma que a principios de 1988 siguió tratando, en forma seria y honesta, de entablar negociaciones con los representantes de la Agrupación del Lago Lubicon a realizar negociaciones acerca de sus pretensiones. Esos intentos, que incluyeron la oferta provisional de transferir 25,4 millas cuadradas a título de reserva, sin perjuicio de las negociaciones o de las acciones judiciales, fracasaron. Según el autor, la totalidad del territorio tradicional de la Agrupación, con excepción de las 25,4 millas cuadradas, había sido dado en arrendamiento pese a la solicitud al Comité de que se adoptasen medidas provisionales de protección, y que la Da ihw Ltd construiría una planta de celulosa cerca de Peace River, Alberta, pro-

yecto que disipaba toda esperanza de que los miembros de la Agrupación pudiesen seguir realizando alquha actividad tradicional.

29.7 El Gobierno federal aceptando la obligación contraída con arreglo al Tratado 8 de proporcionar una reserva a la Agrupación del Lago Lubicon entabló en mayo de 1988 una acción judicial contra la provincia de Alberta y contra la Agrupación del Lago Lubicon en un intento de que hubiera una jurisdicción común y poder así cumplir con sus obligaciones legales con la Agrupación de acuerdo con lo previsto en el Tratado 8. Sin embargo, a juicio del autor, esta iniciativa obedecía únicamente al propósito de aplazar indefinidamente la solución de las cuestiones territoriales del pueblo lubicón y, el 6 de octubre de 1988 (el 30 de septiembre, según el Estado parte), la Agrupación del Lago Lubicon reivindicó su jurisdicción sobre el territorio y declaró que había dejado de reconocer la competencia de los tribunales canadienses. Además, el autor acusó al Estado parte de "estar recurriendo a los medios de difusión para difundir mentiras y despidiendo a los asesores que recomendaban cualquier solución favorable al del problema pueblo lubicon".

29.8 Después del acuerdo concertado entre el Gobierno de la provincia de Alberta y la Agrupación del Lago Lubicon en noviembre de 1988 a fin de constituir una reserva en una superficie de 95 millas cuadradas, el Gobierno federal entabló negociaciones con la Agrupación acerca de las modalidades en que se transferiría la tierra y otros asuntos conexos. Según el Estado parte, al 24 de enero de 1989, fecha en que la Agrupación se retiró de las negociaciones, se había llegado a un acuerdo acerca de la mayoría de los problemas, incluida la composición de la Agrupación, las dimensiones de la reserva, la construcción de la comunidad y el suministro de programas y servicios, pero no sobre la cuestión de la indemnización en efectivo. En esa oportunidad, el Gobierno federal ofreció oficialmente beneficios y programas por un monto de unos 45 millones de dólares, además de la reserva de 95 millas cuadradas.

29.9 El autor afirma en cambio que esa información proporcionada por el Estado parte no sólo es engañosa sino incluso falsa prácticamente en su integridad y que el Gobierno no ha hecho un intento serio por llegar a

un acuerdo. Califica al ofrecimiento del Gobierno de relaciones públicas y sostiene "que prácticamente no le comprometía a nada" y que no se ha llegado a acuerdo ni a consenso sobre ningún problema. Además, el autor acusa al Estado parte de enviar agentes a las comunidades que rodean territorio tradicional de la Agrupación para inducir a otros aborígenes a hacer reivindicaciones respecto de ese territorio.

29.10 El Estado parte rechaza la afirmación de que negoció de mala fe u observó una conducta impropia en perjuicio de los intereses de la Agrupación del Lago Lubicon. Reconoce que la Agrupación del Lago Lubicon ha sufrido una injusticia histórica pero sostiene que, de aceptar el ofrecimiento oficial, la Agrupación podría mantener su cultura, decidir su propia forma de vida y alcanzar la autonomía económica, por lo cual se trata de una reparación efectiva. Habida cuenta de que la Agrupación tiene 500 miembros, el ofrecimiento, cuyo monto total es de 45 millones de dólares canadienses, representa casi 500.000 dólares por cada familia de cinco miembros. Expresa que ciertas demandas de la Agrupación, como una pista de hielo cubierta y una piscina, han sido rechazadas. Según el Estado parte, el único punto pendiente que reviste importancia es la solicitud de que se paguen 167 millones de dólares de indemnización por las pérdidas económicas y de otra naturaleza supuestamente experimentadas. Afirma que esta demanda podría tramitarse ante los tribunales, se acepte o no el ofrecimiento oficial. Reitera que mantiene su ofrecimiento a la Agrupación.

29.11 Otras presentaciones de ambas partes se han referido, entre otras cosas, a las consecuencias de la construcción de la planta de celulosa de Daishowa en la forma de vida tradicional de la Agrupación del Lago Lubicon. Mientras que el autor afirma que las consecuencias serían devastadoras, el Estado parte sostiene que no tendría efectos adversos graves y destaca que la planta de celulosa, ubicada a unos 80 kilómetros del territorio señalado como reserva, no se encuentra dentro del territorio tradicional reivindicado por la Agrupación y que la zona que deberá talarse anualmente, fuera de la reserva propuesta, comprende menos de un 1% de la zona especificada en el convenio de administración forestal.

30. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de la información facilitada por las partes, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Como consecuencia de ello, el Comité observa que el persistente desacuerdo entre las partes en cuanto a lo que constituye el marco objetivo de la controversia ha dificultado el examen de las alegaciones sobre los méritos.

### **Pedido de revisión de la decisión sobre la admisibilidad**

31.1 El Comité ha examinado seriamente la solicitud del Estado parte de que revise su decisión en la cual declara que la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo "en la medida en que puede suscitar cuestiones relacionadas con el artículo 27 u otros artículos del Pacto". A la luz de la información que tiene ahora ante sí, el Comité observa que el Estado Parte ha argumentado de manera convincente que, si la Agrupación del Lago Lubicon hubiera promovido activamente la tramitación del asunto ante los tribunales competentes, hubiera podido reducir las demoras, que aparentemente habían sido demasiado prolongadas. No obstante, lo que se controvierte es la cuestión de si la vía del litigio hubiera representado un método eficaz de salvar o restablecer el modo de vida tradicional o cultural de la Agrupación del Lago Lubicon, que en el momento pertinente estaba presuntamente a punto de sucumbir. El Comité no está convencido de que ello hubiera constituido un recurso efectivo de los contemplados en el inciso b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. En las actuales circunstancias, el Comité mantiene su decisión anterior sobre la admisibilidad.

31.2 En esta etapa, el Comité debe también declarar que no está de acuerdo con el argumento esgrimido por el Estado parte de que el Comité ha sido negligente al no explicar en detalle, cuando declaró admisible la comunicación, cuáles de las alegaciones del autor merecían un examen de sus fundamentos. Aunque a veces resultan algo confusas, las alegaciones de los autores se han enunciado con suficiente claridad como para permitir al Estado y al Comité, a su vez, abordar los fundamentos de las cuestiones.



## Artículos del Pacto presuntamente violados

32.1 Se ha planteado la cuestión de si queda pendiente alguna alegación en relación con el artículo 1 del Pacto, pese a la decisión de admisibilidad adoptada por el Comité. Aunque todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación y a establecer libremente su condición política, a proveer a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas y recurso naturales, como se estipula en el artículo 1 del Pacto, no corresponde que el Comité aborde, con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto, la cuestión de si la Agrupación del Lago Lubicon constituye un "pueblo". El Protocolo Facultativo establece un procedimiento mediante el cual los individuos pueden alegar que se han violado sus derechos individuales. Esos derechos se enuncian en la parte III del Pacto, en los artículos 6 a 27 inclusive. No obstante, no hay inconveniente en que un grupo de individuos que afirme haber sido afectado en forma análoga presente colectivamente una comunicación acerca de supuestas violaciones de sus derechos.

32.2 Aunque la formulación inicial se hizo alegando violaciones de las disposiciones del artículo 1 del Pacto, no hay duda de que muchas de las reivindicaciones planteadas suscitan cuestiones relacionadas con el artículo 27. El Comité reconoce que los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen. Las aseveraciones generales sobre violaciones extremadamente graves de otros artículos del Pacto (6, 7, 14, párrs. 1 y 26), que se hicieron luego de haber sido declarada admisible la comunicación, no han sido justificadas hasta el punto de merecer un examen detenido. Las alegaciones relativas a las violaciones del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23 son también de naturaleza muy general y no serán tenidas en cuenta excepto en la medida en que puedan considerarse contenidas en las alegaciones que, en términos generales, plantean cuestiones relacionadas con el artículo 27.

32.3 Las alegaciones más recientes de que el Estado parte ha conspirado para crear la Agrupación de Woodland Cree con el fin de inventar una reivindicación opositora respecto de tierras tradicionales Lubicon se de-

sestiman por constituir un abuso del derecho a presentar comunicaciones en el sentido del artículo 3 del Protocolo Facultativo.

### **Las violaciones y la rectificación ofrecida**

33. Las injusticias históricas a que se refiere el Estado parte, y determinados acontecimientos más recientes, amenazan el modo de vida y la cultura de la Agrupación del Lago Lubicon y constituyen una violación del artículo 27 mientras persiste la situación. El Estado parte propone remediar esta situación mediante una rectificación que el Comité considera adecuada en el sentido del artículo 2 del Pacto.

## SENTENCIA T-349/96<sup>1</sup>

# Derecho a la Supervivencia Cultural Principio de Diversidad Etnica y Cultural

## Alcance

El postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación; en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

MAXIMIZACION AUTONOMIA DE COMUNIDAD  
INDIGENA-Naturaleza/MINIMIZACION RESTRICCIÓN  
AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza

Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de su-

---

1 La presente jurisprudencia fue tomada de la siguiente página Web, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

perior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites  
a facultades jurisdiccionales/JURISDICCION INDIGENA-Límites  
constitucionales

Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.

DEBIDO PROCESO EN COMUNIDAD INDIGENA-Legalidad  
mínima/LEGALIDAD DEL DELITO Y DE LA PENA EN  
JURISDICCION INDIGENA-Aplicación

El exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades indígenas hace procedente la tutela en el caso del actor, puesto que además de implicar una violación a su derecho al debido proceso (restringido en su contenido a la legalidad del delito y de la pena), se trata de un caso en el que el actor no dispone de otro medio de defensa judicial.

Referencia: Expediente T-83456

Actor: Ovidio González Wasorna

Demandado: Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí  
y Cabildo Mayor Único (CRIR)

Remitido por: Juzgado Promiscuo Municipal de Misstrató

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz -este último en calidad de Ponente-,

**EN NOMBRE DEL PUEBLO  
Y  
POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN**

Procede a dictar sentencia en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató, Risaralda, el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

**I. Antecedentes**

Interpone la tutela el indígena embera-chamí Ovidio González Wasorna en contra la Asamblea General de Cabildos en Pleno de la comunidad a la que pertenece y del Cabildo Mayor Único de Risaralda, por vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad física, consagrados en los artículos 29, 11 y 12 de la Constitución Política. Intenta a través de este mecanismo judicial que se le permita regresar a su comunidad (en el momento de interponer la tutela se encontraba recluso en la cárcel distrital de Pereira) pues "es viudo y tiene dos hijos de siete y dos años que están con [su] segunda esposa que es muy joven" (fl. 7)

**1. Hechos**

En el mes de septiembre de 1994, el actor y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los "auxiliares locales" del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de Jesús Edgar Niaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chamí (fl. 116)

En el momento de su captura se les escuchó su versión de los hechos y se les encerró en el calabozo de la localidad, donde al parecer estuvieron amarrados con cuerdas (fl. 12). Una semana después (el 10 de septiembre de 1994) los dos detenidos escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas (fl. 12).

La Fiscalía 24 de Belén de Umbría inició la investigación correspondiente a los hechos mencionados por el actor y su compañero, nombrándoles defensor de oficio. Sólo se mantuvo detenido al señor González Wasorna; al otro se le dejó en libertad, por no haberse encontrado pruebas suficientes en su contra (fl. 12).

El 14 de enero de 1995, el Cabildo Mayor Único de Risaralda, notificó a la cárcel del distrito judicial de Pereira, donde el actor se encontraba recluso, que éste había sido condenado a "8 años de cárcel" en reunión de los Cabildos locales celebrada en Cicuepa los días 2 y 3 de diciembre (fl. 11).

Al conocer el fallo de la comunidad indígena, la Fiscalía que adelantaba la investigación la dio por terminada. Los representantes de la defensoría del pueblo radicados en Mistrató, intentaron convencer a la comunidad de que modificara el fallo y adelantara nuevamente el proceso, permitiendo la intervención del sindicado, así como de su defensor de oficio (fl. 13). Fueron programadas varias reuniones para discutir el asunto; sin embargo, los dirigentes de la comunidad no asistieron a ninguna de ellas (fl. 13).

El día 15 de febrero de 1995, en la Asamblea General de la comunidad (dirigentes y miembros), se resolvió aumentar la condena del sindicado a 20 años de cárcel (fl. 10). En dicha asamblea estuvieron presentes los familiares de la víctima, así como los del sindicado (fl. 33). Hubo consenso general acerca del aumento de la pena, nadie intercedió a favor del sindicado González Wasorna (fls. 33 y 117). La severidad de la condena obedeció, por un lado, a la calidad de la víctima, "(...) Edgar era un muchacho muy joven, honrado, trabajador, no tenía ningún antecedente ante el resguardo indígena(...)" (fl. 32) y, por el otro, a los antecedentes de "rebeldía" del actor con la comunidad (fls. 33 y 118).

En efecto, según la declaración del gobernador del CRIR, José Manuel Sucre Guasirucama, que obra en el expediente, cuando el actor fue dirigente en 1991, "(...) tuvo lesión personal allá irrespetando que él fue autoridad indí-

gena(...) de resto, el incumplió mucho en directiva, no hacía el trabajo y mantenía tomando trago y creándose problemas." (Fl. 118) Adicionalmente, afirma que "Juzgar por muchos puntos, primero maltrato de la mujer, la primera mujer de él dicen que se murió por el maltrato de él, y segundo por haber sido dirigente y asesinar compañero y porque antes de haber sido dirigente ayudó a matar a otro compañero, eso ya es irrespeto en la comunidad." (fl. 118)

Una vez los delegados de la defensoría del pueblo conocieron de la decisión de la Asamblea General, programaron nuevas reuniones con los miembros del CRIR, sin obtener resultados favorables, por lo que le informaron al actor que probablemente se interpondría una tutela a nombre suyo (fl. 13). Unos días después, el actor decidió interponer la tutela personalmente (fls. 1 y 13).

## **2. Sentencia del Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató (Risaralda)**

Correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató conocer de la demanda de tutela interpuesta por el señor Ovidio González Wasorna. Este juzgado concedió la tutela al actor, y dispuso dejar sin efectos las decisiones de la comunidad indígena en su contra, ordenando al cabildo demandado suministrar toda la información a su alcance a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, con el fin de que ésta reanudara la investigación correspondiente.

Las razones que motivaron tal decisión pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. El actor no dispone de otro medio de defensa judicial, en tanto que contra las decisiones de la comunidad no cabe recurso alguno. (En este punto la sentencia acoge expresamente lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

b. De acuerdo con la declaración del gobernador del Cabildo, éste es el primer caso de homicidio que la comunidad resuelve, por lo que se concluye que "no hubo (...) ninguna costumbre, ningún uso, que permitiera aplicarse en razón de su constancia, y permanencia, y en acierto de la sabiduría de los conocimientos de esta organización étnica."

c. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, así como los reconocidos internacionalmente, son límites claros a la autonomía que se les reconoce a las comunidades indígenas. Entre ellos, el derecho al debido proceso y a la defensa.

d. Al actor se le violó flagrantemente su derecho al debido proceso ya que:

-Las normas bajo las cuales fue juzgado no eran preexistentes al caso.

-El actor no estuvo presente en su juzgamiento, lo cual hubiera sido posible, pues se encontraba recluso en la cárcel distrital.

-En el proceso que se adelantó en su contra estuvieron presentes, en calidad de jueces, los miembros de la familia de la víctima.

-Se le negó al actor la posibilidad de presentar pruebas y de controvertirlas; incluso se le negó el derecho a impugnar la decisión, pues no fue notificado de ella.

-El actor fue juzgado dos veces por el mismo hecho. Si por otra parte, la segunda providencia se entiende como resultado de la operación del principio de la doble instancia, entonces, se le violó al actor el derecho a la no *reformatio in pejus*, puesto que la sanción originalmente impuesta fue agravada considerablemente.

e. Afirma, finalmente, que a pesar de que es loable el fin que perseguía la comunidad al efectuar el juzgamiento del actor, básicamente lo que se pretendía era evitar una guerra entre las familias; este objetivo no puede ser logrado a costa de los derechos al debido proceso y a la defensa del actor.

Con posterioridad al fallo de tutela, al actor se le concedió el beneficio de la libertad provisional, en virtud de la tardanza de la fiscalía encargada en dictar la resolución de acusación. Actualmente, se encuentra en libertad, a pesar de existir en su contra una orden de captura.



## II. Consideraciones

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer la revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató.

### 2. Consideraciones de Fondo

La tutela presentada por el actor en contra de la decisión de las autoridades indígenas de su comunidad plantea básicamente 2 problemas jurídicos:

a. ¿Cuáles son concretamente los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas, específicamente en el caso del juzgamiento de la conducta de uno de sus miembros contra otro, cuando ésta ha tenido lugar dentro del territorio de la comunidad respectiva?

b. ¿Fueron rebasados estos límites en el caso objeto de la revisión?

#### 2.1. El principio constitucional de la protección a la diversidad cultural

La Constitución Política Colombiana reconoce el valor inherente a la diversidad cultural, al incluir en su artículo séptimo como uno de los fines esenciales del Estado, el del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); 70 (igualdad entre las culturas); 171 y 176 (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); 246 (jurisdicción especial indígena); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente), entre otros.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de este principio, otorgándole un lugar preponderante en la decisión de los casos en los que se han visto involucrados los intereses de las diversas etnias que ocupan el territorio colombiano.

En la sentencia T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte indicó que la comunidad indígena "ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser 'sujeto' de derechos fundamentales", pues, "(...) no puede en verdad hablarse de protección a la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de sus derechos fundamentales (...)". La providencia señala, además, que dentro de los derechos que deben reconocerse a las comunidades se encuentra el derecho a la subsistencia y a no ser objeto de desapariciones forzadas.

En la sentencia C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) también se resaltó la importancia de este principio, al ubicarlo como sustento de la constitucionalidad de la norma que restringe el asentamiento de no nativos en el Archipiélago de San Andrés y Providencia. En este caso, la diversidad étnica y cultural estaba referida a la comunidad étnica de los raizales de las islas.

Igualmente en la sentencia C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), el principio que obliga el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, sirvió como fundamento para declarar la constitucionalidad de una norma del ordenamiento. Se trataba en este caso de aquella que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios. La Corte afirmó que no se viola el derecho a la igualdad al otorgar un tratamiento diferente a los indígenas, puesto que la distinción se basa en las particularidades del entorno cultural en el que se desarrollan sus vidas y en el que adquieren su identidad. Se enfatizó en el hecho de que el beneficio es sólo para quienes viven con su comunidad en sus territorios, puesto que el propósito esencial de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad y no otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una etnia.

En la sentencia T-377 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte aclaró que lo que se asevera en la providencia respecto a la práctica de la medicina no puede afectar la actividad de brujos, curanderos o chamanes,

dado que ésta está protegida por el principio de la protección a la diversidad étnica.

## **2.2. El alcance del principio del reconocimiento y la protección a la diversidad cultural**

Por tratarse de un principio incorporado a una norma (lo que le confiere a ésta un carácter específico), el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural que se consagra en el artículo séptimo del Estatuto Superior, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una "etnia" deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.

La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de "cultura". Este término hace relación básicamente al "conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana." En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.

Teniendo en cuenta esta definición (que no pretende ser sino una aproximación a lo que puede entenderse por "etnia"), el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos.

### **2.3. La interpretación del artículo 246 de la C.P.**

El artículo 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional."

Respecto al análisis de la norma la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

"El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional."

Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a "la Constitución y la ley" como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.

Ahora, para concretar este mínimo, es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígena, indígenas de dos comunidades diferentes). La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma.

La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es éste segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela.

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohe-

sión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

En efecto, el artículo cuarto del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (aprobado por la Ley 74 de 1968), establece que:

1. En situaciones excepcionales (...) los Estados partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraindadas en virtud de este Pacto (...)

2. La situación precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...)

Así mismo, el artículo quince de la *Convención Europea de Derechos Humanos* de 1950, establece que:

1. En caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio (...)

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...).

También la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969 (aprobada por la Ley 16 de 1972) prevé dentro de los derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud. Su artículo 27 dispone,

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, (...) suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...)

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos (...) 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre) (...)

Por otra parte, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (aprobado por la Ley 78 de 1986) en su artículo 2, párrafo 2, dispone:

2. En ningún caso podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como estados de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

Finalmente, el artículo tercero común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, relativos al derecho de la guerra (aprobados por la Ley 5 de 1960), prevé:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

(...) A tal efecto quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba mencionadas [civiles y militares heridos o que hayan depuesto las armas]:

a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

(...)

c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

(...)

A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.

Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.

Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.



## 2.4. El caso concreto

### 2.4.1. La comunidad embera-chamí

De acuerdo con el estudio realizado por los antropólogos Carlos Cesar Perafán y Luis José Azcárate sobre el sistema jurídico de la comunidad indígena a la que el actor pertenece, éste se caracteriza por lo siguiente (sólo se hará mención de los aspectos relevantes para la decisión del caso concreto):

-Existe una clara diferenciación entre un orden humano y un orden mágico religioso. En el primer caso, se trata de normas creadas por los hombres que implican ya sea arreglos o sanciones, derivados de la operación de procedimientos que siguen un sistema segmentario, de compensación o centralizado, según la naturaleza de la conducta realizada o de los intereses en conflicto. En el segundo caso, por el contrario, lo que se persigue es el "control de las fuerzas de la naturaleza"; "entendida esta naturaleza dentro de la cosmovisión embera-chamí, que incluye los susstratos de los tres mundos y de los espíritus que los habitan y que se realiza a través de la práctica del jaibanismo y de la ritualidad".

De acuerdo con los autores mencionados "lo que es específico de los embera-chamí es la autonomía de cada uno de los sistemas (...), en el sentido en que actúan independientemente, sin mayores intersecciones. En este sentido es notorio que falta en este pueblo la base teológica mágico-religiosa en los sistemas de control de la sociedad que es característica de otros pueblos (...)".

Pero esta separación entre su visión mágica del mundo y sus instituciones netamente jurídicas no reduce la importancia para la supervivencia cultural que le atribuye la comunidad a la posibilidad de resolver sus propios conflictos. En ella se cifra la facultad de evitar la guerra entre las familias (o patrilineajes) cuyos intereses se han visto afectados. En este sentido, en el escrito enviado a esta Corporación por petición del magistrado sustanciador, los autores afirman:

"En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo embera-chamí le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus

miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo embera-chamí es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace del conflicto una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas, puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos, en la guerra tribal sin control." (fl. 154 )

-El sistema jurídico, por su parte, se distingue por la hibridación de dos niveles procedimentales. En un nivel, se ubicarían los sistemas segmentario y de compensación, de antigua raigambre. En el otro, un sistema centralizado, mucho más reciente e íntimamente ligado a la organización de los cabildos.

El sistema segmentario involucra un acuerdo entre los patrilinajes del ofensor y de la víctima en cuanto a la sanción que deberá purgar el autor de la conducta. El sistema de compensación es aquel en el que la sanción consiste en el pago de una suma de dinero. Finalmente, el sistema centralizado opera a través de las reuniones veredales o generales ('reuniones de todos').

En este punto, tanto en el estudio como en el escrito enviado a la Corte, se enfatiza en la importancia de la articulación de los dos sistemas para que el proceso adelantado cumpla su función preventiva de las venganzas de sangre. De ahí la importancia de que dentro del proceso que se lleva a cabo en las reuniones, ya sean veredales o generales, (sistema centralizado) estén representados los patrilinajes (familias extensas) de todas las partes en conflicto. Representación que conlleva también la posibilidad de ser jueces de la causa. Por esta razón, la decisión se toma en una reunión veredal sólo si todas las partes pertenecen a una misma vereda; de lo contrario, la decisión deberá tomarse en una reunión general. También se deciden en las reuniones generales las faltas muy graves.

-Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho

años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un jaibaná (hechicero) cuando éste sospecha que su hijo murió por causa del último; con cinco años el homicidio que se comete en estado de embriaguez; con seis años el homicidio del esposo de una mujer del que se está enamorado (a la mujer se le castiga con 3 años de cepo y trabajo forzado por provocadora); y con ocho años el homicidio que comete un jaibaná haciendo uso de sus poderes sobre las fuerzas de la naturaleza (el castigo es particularmente grave por el estado de indefensión de la víctima).

El estudio incluye la apreciación que hace uno de sus informantes sobre la diferencia entre este tipo de castigos y los de los "caponías" (blancos):

"En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto -12 o 24 horas-, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo -nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavecito, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro."

- En el caso del homicidio, la comunidad ha utilizado de una manera particular su relación con la justicia ordinaria. A ésta se le remiten para el castigo los casos que la comunidad misma no puede resolver, con el fin de

evitar que se desaten guerras intertribales. En este sentido los autores afirman que:

"Si el homicida es muy necio, "muy exagerado" y no se aviene al castigo, se remite a la justicia ordinaria. También cuando los patrilinajes "dolientes" no permiten que se castigue a la persona, bien porque se opongan al castigo, bien porque los familiares de la víctima acudan por cuenta propia a denunciar al victimario a la justicia ordinaria."

- Dentro del estudio se anota además que desde la creación del Cabildo Mayor Único de Risaralda, éste ha venido ejerciendo funciones jurisdiccionales, pasando por alto el procedimiento de las reuniones y sin consultar a los patrilinajes de las partes en conflicto. Esto generó múltiples problemas dentro de la comunidad, hasta el punto de que algunas parcialidades conformaron cabildos autónomos.

#### **2.4.2. Adecuación del proceso adelantado contra el actor**

Conforme a lo explicado anteriormente, los límites a las facultades jurisdiccionales indígenas, tratándose de un asunto meramente interno, son solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de las torturas y una legalidad mínima, entendida funcionalmente como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades.

Procede ahora evaluar si estos límites fueron transgredidos en el caso del actor o no.

##### **2.4.2.1. El derecho a la vida**

El ordenamiento jurídico de la comunidad embera-chamí protege el derecho a la vida mediante la tipificación del delito de homicidio, en varias modalidades, y de la sanción a las autoridades en caso de que éstas abusen de sus facultades. La pena de muerte no está contemplada para ningún delito conforme a la declaración del gobernador del cabildo, que obra en el expediente (fl. 35).

A pesar de que en el escrito de la tutela el actor alega que fue objeto de amenazas de muerte y que fue por eso que decidió fugarse y entregarse a las autoridades "blancas", no existe prueba en el expediente de que hubieran sido las mismas autoridades de la comunidad quienes hicieron las amenazas.

Preguntado al respecto, el gobernador del cabildo mayor afirmó que "El compañero de pronto le dio miedo la misma mujer venía a traerle la comida y le hicieron dar miedo". (fls. 131 y 132) Aseveró, además, que no conoce ninguna razón que justificara una acción de venganza contra el actor, por el contrario, "él es el que molesta a la gente amenazado y todo". (fl. 132)

De otra parte, si dichas amenazas existieron en realidad, la comunidad cuenta con los mecanismos ya mencionados para sancionar tales conductas. Estos mecanismos, por ser de carácter eminentemente judicial, excluyen la procedencia de la tutela.

#### 2.4.2.2. El derecho a la integridad personal

Al igual que con el derecho a la vida, la comunidad embera-chamí prevé sanciones penales para los atentados contra la integridad personal y para las actuaciones irregulares de las autoridades frente a los infractores. La existencia de este mecanismo judicial hace improcedente la tutela.

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

Por otro lado, esta valoración que la comunidad hace del ceпо como forma de castigo, vuelve ilegítimos los reclamos de sus mismos miembros en contra de la práctica, más cuando, como en este caso, la queja resulta más de una posición acomodaticia que de un verdadero convencimiento de la perversidad de la práctica.

En este punto, cabe resaltar que, de acuerdo con el expediente, el actor fue dirigente de la comunidad en 1991, razón por la cual es posible deducir que estuvo en sus manos la potestad de influir en la comunidad para variar la sanción y sin embargo no lo hizo. Sólo ahora, seguramente asesorado por los "blancos" y pensando que podría sacar algún provecho de ello, decidió acusar a su comunidad de proferir tratos inhumanos a sus miembros por el hecho de usar el cepo.

#### 2.4.2.3. Legalidad del procedimiento

Como se explicó en la parte correspondiente a los hechos, primero el actor fue sentenciado por el Cabildo Mayor Único de Risaralda, reunido en Cicuepa, a una pena de "8 años de cárcel". Posteriormente, en una reunión general ("de todos"), en la que participaron tanto los familiares de la víctima como los del acusado, se decidió que la pena debía ser de "20 años de cárcel".

Si bien la comunidad no tiene prevista la operación de una segunda instancia, el hecho de que se hubieran producido dos sentencias no puede considerarse como una transgresión de sus normas tradicionales. Por el contrario, lo que resulta claro es que con el segundo proceso lo que se intentaba era subsanar las irregularidades que aquejaba el primer veredicto. En efecto, conforme a lo señalado arriba respecto del ordenamiento jurídico embera-chamí, el juzgamiento de las infracciones graves a las normas de la comunidad corresponde a la comunidad misma reunida. En estas reuniones es de vital importancia la presencia de los patrilinajes enfrentados, con el fin de que el fallo sea legítimo y no se desenlace una guerra entre familias. El juzgamiento por parte de las autoridades del cabildo, como se anotó, carece de legitimidad dentro de la tradición, por lo que resulta lógico que la comunidad hubiera decidido adelantar nuevamente el proceso de acuerdo con sus costumbres.

Lo que se encuentra en este caso es, pues, que la comunidad ejerció las facultades jurisdiccionales que le atribuye la Constitución siguiendo estrictamente el procedimiento establecido en su ordenamiento jurídico.

Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí una noción como la de "debido proceso", es pertinente aludir a ella en el caso sublite, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo

que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta.

Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales.

#### 2.4.2.4. Legalidad del delito y de la pena

Dentro del ordenamiento jurídico de la comunidad, como se expuso, se prevé una sanción para los homicidios cometidos en estado de embriaguez, al que llaman en su dialecto "Itúa biu'ba be'asi" (un borracho mató al compañero). Fue por este delito que juzgaron y condenaron al actor.

Aunque el fenómeno de la tipicidad no se da aquí tal como lo entendemos nosotros, pues no existe una ley escrita y estricta, si se verifica una interiorización de la prohibición. Lo que puede predicarse con mayor seguridad en este caso porque ésta es la forma de homicidio más frecuente dentro de la comunidad.

El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la

que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades.

En cuanto a la pena, es claro que la que la comunidad tradicionalmente ha asignado al delito cometido por el actor es de tres años de trabajo forzado y cepo. El requisito de la legalidad debe estudiarse, entonces, atendiendo a este parámetro, por lo menos en lo que se refiere al tipo de pena, ya que la duración de la sanción sí puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad.

Entonces, lo que era previsible para el actor era que se le impusiera una sanción de trabajo forzado y cepo que debía cumplir en el territorio de la comunidad. Su otra opción, como se ha indicado en la descripción del ordenamiento jurídico embera-chamí, era que la comunidad remitiera su caso a la justicia ordinaria, para que allí se adelantara el juzgamiento de la conducta con todas las garantías propias de este tipo de procesos y con todas las cargas que ella implica. La comunidad, sin embargo, actuó por fuera de esto que era previsible para el actor, al imponer una sanción completamente extraña a su ordenamiento jurídico: una pena privativa de la libertad que debía cumplir en una cárcel "blanca"

A pesar de que resulta comprensible la actitud de la comunidad, ya que lo que puede percibirse es un intento por extender sus facultades jurisdiccionales más allá de su territorio, con el fin de asegurar que la conducta no quedaría impune y evitar así un enfrentamiento violento entre las familias involucradas en el conflicto, lo cierto es que el mínimo al que tenía derecho el actor era que la sanción impuesta se enmarcara dentro de una de las dos posibilidades mencionadas. Esto, particularmente, porque la comunidad embera-chamí sí tiene definido un tipo de pena para cada conducta que desvaloriza, al contrario de otras comunidades en las que sólo está definido el mecanismo por el cual va a llegar a definirse el castigo.



### 2.4.3. Conclusiones

Este exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades indígenas hace procedente la tutela en el caso del actor, puesto que además de implicar una violación a su derecho al debido proceso (restringido en su contenido a la legalidad del delito y de la pena), se trata de un caso en el que el actor no dispone de otro medio de defensa judicial. En efecto, quien tomó la decisión definitiva fue la comunidad reunida en pleno, autoridad suprema y, por lo tanto, incuestionable en sus determinaciones.

Para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria.

Tal decisión, que deberá tomarse en una reunión general por ser la autoridad máxima de la comunidad, deberá ser notificada en el término de 30 días calendario al juez que adelanta el proceso penal en contra del actor. Durante este tiempo, el proceso penal continuará su curso regular y de no haber una respuesta oportuna y clara de la comunidad, se entenderá que ella ha renunciado a su facultad de juzgar al actor. Si la comunidad decide juzgarlo nuevamente, éste será remitido por la justicia ordinaria al territorio de la comunidad, para lo cual la Policía Nacional prestará su concurso si al momento de notificarse la decisión de la comunidad el actor no ha sido capturado aún.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de tutelas,

#### **Resuelve:**

Primero: Confirmar el numeral primero del fallo proferido por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, aclarando que la tutela se concede solamente por violación del principio de legalidad de la pena (referido a su concepción específica), de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: REVOCAR el numeral segundo del mencionado fallo.

Tercero: Dejar sin efectos la decisión tomada por la Asamblea General de Cabildos el 15 de febrero de 1995.

Cuarto: Consultar a la comunidad embera-chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicato, conforme a sus prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento. Sobre estas circunstancias deben informar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en el término de 30 días calendario, contados a partir de la notificación de la presente providencia.

Quinto: En caso de que la comunidad decida juzgar nuevamente al actor, ordenar a la Policía Nacional que tome las medidas tendientes a capturar al actor y entregarlo a las autoridades de la comunidad embera-chamí.

Sexto: ORDENAR que por Secretaría se envíen copias de esta providencia al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, con el fin de que ajuste el proceso penal que adelanta contra el actor a lo dispuesto en la parte motiva de este fallo.

Séptimo: LÍBRESE comunicación al Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ  
Magistrado Ponente

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ  
GALINDO  
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA  
DE MONCALEANO  
Secretaria General

**Aclaración de voto a la Sentencia T-349/96**

DEBIDO PROCESO EN COMUNIDAD INDIGENA-Defensa del sindicado (Aclaración de voto)

El derecho de defensa, en cuanto posibilidad individual de ser oído, de controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga, no puede ser sustituido por el acuerdo entre familias, así se parta del supuesto -no siempre válido- de que la del procesado habrá de velar por los intereses de éste. Estimo que la garantía del debido proceso, aun respecto de comunidades indígenas, exige no solamente la legalidad del delito y de la pena, sino que incorpora necesariamente el derecho de defensa.

DERECHO DE DEFENSA EN COMUNIDAD INDIGENA-Aplicación (Aclaración de voto)

El reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, que lleva al Estado colombiano a establecer que las autoridades de aquellos podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella, como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre.

Referencia: Expediente T-83456

Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Sin que ello implique discrepancia fundamental sobre el contenido de la Sentencia, debo advertir que, a mi juicio, el derecho de defensa, en cuanto posibilidad individual de ser oído, de controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga, no puede ser sustituido por el acuerdo entre familias, así se parta del supuesto -no siempre válido- de que la del procesado habrá de velar por los intereses de éste.

Estimo que la garantía del debido proceso, aun respecto de comunidades indígenas, exige no solamente la legalidad del delito y de la pena -como lo dice en esta ocasión la Corte-, sino que incorpora necesariamente el derecho de defensa.

El reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, que lleva al Estado colombiano (artículo 246 C.P.) a establecer que las autoridades de aquellos podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella, como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre.

En otros términos, cuando el artículo 246 de la Constitución acepta las disposiciones y procedimientos de los pueblos indígenas, lo hace "siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República", y, si bien es cierto tal punto de referencia no puede entenderse ni aplicarse de manera rígida e inflexible, para no hacer teórico el reconocimiento de la diversidad cultural que la propia Constitución proclama, se hace insustituible un mínimo que, según mi criterio, no solamente comprende el conjunto de derechos previstos en los convenios internacionales a los que alude el fallo y el principio de legalidad sino que también se extiende al derecho de defensa como garantía individual.

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO  
Magistrado

Fecha, *ut supra*

### Aclaración de voto a la Sentencia T-349/96

DERECHO DE DEFENSA EN COMUNIDAD INDIGENA-Aplicación  
(Aclaración de voto)

El derecho de defensa reconocido universalmente, puede ser tenido en cuenta aún por la costumbre de las comunidades indígenas, pues en todo proceso que se adelante contra cualquiera de los miembros de estas comuni-

dades, son viables las garantías propias del debido proceso, particularmente la del derecho de defensa. Es la misma Constitución la que establece que toda persona tiene el derecho fundamental a la defensa.

Referencia: Expediente T-83456

Acción de tutela de Ovidio González Wasorna contra la Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C. agosto veintitres (23) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Con el debido respeto y consideración que me merecen las decisiones de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corporación, comedidamente me permito consignar la aclaración de voto respecto a la sentencia proferida por la Corte Constitucional dentro del proceso de la referencia, en la forma que a continuación se señala.

Ante todo deseo manifestar que estoy de acuerdo íntegramente con la parte resolutive de la sentencia que concedió la tutela por violación del principio de legalidad de la pena. No obstante, si estimo pertinente aclarar mi voto en lo que se refiere al debido proceso y al derecho de defensa aplicables en las comunidades indígenas. Se expresa en la sentencia aprobada por la Sala que:

"Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta.

Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un

acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. (...) Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa

Es bien sabido que tanto el Constituyente de 1991 -artículo 29- como el legislador han previsto los mecanismos adecuado para garantizar, necesariamente, el adecuado derecho a la defensa, concebido éste como un derecho fundamental autónomo, ligado al debido proceso que permite garantizar la realización de otros derechos como la libertad, la petición y la vida, a través de instrumentos como la posibilidad de ser oído, de impugnar las providencias, de controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga. Mecanismos estos que han sido reconocidos universalmente, como entre otros por la Convención Americana de Derechos Humanos, donde en el artículo 8o. se dispone que *"toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante le proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (...); f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos (...)"*

Igualmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, se dispuso en el artículo 11 que: *"1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su defensa mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*.

Este derecho reconocido universalmente, puede ser tenido en cuenta aún por la costumbre de las comunidades indígenas, pues en todo proceso que se adelante contra cualquiera de los miembros de estas comunidades, son viables las garantías propias del debido proceso, particularmente la del derecho de defensa.

Finalmente, es pertinente señalar, que no obstante el artículo 246 de la Carta Política establece que *"las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos"*, éstas deben sujetarse a la Constitución y a las leyes de la República. Y es la misma Constitución en el artículo 29 la que establece que toda persona tiene el derecho fundamental a la defensa. Atentamente,

HERNANDO HERRERA VERGARA  
Magistrado

Este Libro se terminó de  
imprimir en diciembre de 2009  
en la imprenta V&M Gráficas.  
Quito, Ecuador