

La institucionalización de la justicia indígena: un análisis interdisciplinario de la pluralidad jurídica en el caso Ecuatoriano
The institutionalization of indigenous justice: an interdisciplinary analysis of legal plurality in the Ecuadorian case

José Meléndez Duarte
jose.melendez@wbkolleg.unibe.ch
Nicaragua

<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i28.10148>

Fecha de recibido: febrero de 2020 / Fecha de aprobación: junio de 2020

Resumen

Este trabajo se desprende de una investigación de campo efectuado en el verano del 2017 en Ecuador, con el fin de recopilar información de primera mano de activistas indígenas, catedráticos y representantes de instituciones del Estado a razón de elaborar un análisis que brinde una visión académica de la Pluralidad Jurídica ecuatoriana.

El sistema democrático ecuatoriano basado constitucionalmente desde el 2008 en un sistema plurinacional, es la base y razón en el análisis del proceso de institucionalización de la Justicia Indígena en el Ecuador, el cual se deriva del reconocimiento de su aplicación por la Constitución Política ecuatoriana del año 2008. En este informe presentaremos un análisis de los primeros diez años de relación institucional estatal con los pueblos indígenas y su sistema de justicia ancestral.

Palabras Clave

Justicia Indígena / pluralidad jurídica / Derecho Consuetudinario / Derecho constitucional

¹ Licenciado en Derecho en el año 2012 por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua. Con su investigación sobre la Pluralidad Jurídica en Ecuador y la Institucionalización de la Justicia Indígena en la Constitución ecuatoriana, obtuvo en el 2018 su grado de máster en el programa de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Berna, Suiza. Actualmente forma parte del programa doctoral interdisciplinario en Estudios Globales del centro de “Global Studies” de la Escuela de Postgrado en Arte y Humanidades “Walter Benjamin Kolleg” de la Universidad de Berna, Suiza.



Abstract

This article is based on my fieldwork investigation carried out in Ecuador during the summer of 2017, which examines this country's legal pluralism from an empiric interdisciplinary and cross-cultural perspective. The underlying research was realized in Ecuador because since 2008, plurinationality and indigenous Justice, therefore legal pluralism have been constitutionally recognized.

This article will offer an analysis of the first ten years of two different legal systems; that is the state's institutional relationship with indigenous peoples and their ancestral justice system. As a legal anthropologist, it interest me to examine how such situation unfolds in daily practice, for throughout the last past decades, legal pluralism has been the main focus of legal and legal anthropology studies.

Key words

Indigenous Justice / legal plurality / Customary law / Constitutional right.

Tabla de contenido

Introducción. 1. El legado colonial y su estratificación social. 2. La justicia indígena y el Derecho Consuetudinario: Un camino a la descolonización. 2.1. La descolonización en esencia social, colectiva y comunitaria. 2.2. El camino a la pluralidad del derecho y la norma. 3. La dicotomía del Estado en lo Homogéneo. 4. Lo plural en el sistema Constitucional Ecuatoriano: La justicia indígena y su implementación como institución administradora de Justicia. 4.1. La constituyente del 2008 y el art. 171. 4.2. El marco general de la justicia indígena. 5. La pluralidad jurídica: El nuevo escenario ecuatoriano. 5.1. La praxis "El caso la Cocha" ¿Un choque de jurisdicciones? 6. Conclusión

Introducción

Desde el inicio del proceso de colonización hasta el surgimiento de los nuevos Estados Naciones, las relaciones en los pueblos latinoamericanos han estado marcadas por una pluralidad en sus formas de expresiones culturales, lingüísticas, legales y políticas.

Con el surgimiento de la idea de la homogenización cultural como factor esencial para el progreso y bienestar económico de los nuevos Estados independientes, se inicia en contra de este proyecto político, una movilización de los sectores sociales latinoamericanos subalternos en busca del reconocimiento y legitimación de sus expresiones e instituciones locales. Con esto, se produce el levantamiento indígena en los años 90 en el Ecuador, una insurrección hecha protesta en las calles de Quito con la que se desencadena una revaloración de la figura del indígena como miembro de la sociedad ecuatoriana.

Esto traería consigo una reestructuración de las fuerzas políticas y sociales en el país, así como una revaloración del imaginario del indio como un ser inmóvil. Todos estos cambios desencadenarían más adelante la promulgación de la Constitución ecuatoriana del 2008, en la cual se reconoce al Estado como una nación plurinacional dejando atrás el monismo cultural e institucional característico de la estructura de los Estados/Naciones.

El avance de los Derechos Humanos en materia de reconocimiento a la auto identificación étnica y el actual sistema constitucional ecuatoriano basado en la plurinacionalidad del Estado, son el panorama institucional perfecto para la puesta en escena de un aparato jurídico basada en la pluralidad de sistemas de justicias.

Con este artículo pretendemos, desde una posición interdisciplinaria, analizar el grado de pluralidad jurídica en el Ecuador, atendiendo desde la evolución histórica hasta las relaciones jurisdiccionales que se desarrollan en el engranaje institucional ecuatoriano.

I. El Legado Colonial y Su Estratificación Social

Los pueblos y civilizaciones indígenas de América antes de la llegada de los primeros conquistadores europeos, hacían uso de distintas estructuras sociales para administrar la cotidianidad de sus prácticas y garantizar la formación de su organización social.

La justicia indígena sobresale entre las instituciones de los pueblos indígenas precolombinos como una entidad que aseguraba el orden y organización de sus sociedades. La misma fue motivo de interés para los primeros europeos en las tierras del continente americano, ya que estos reconocieron la importancia de la organización de las estructuras sociales y de las formas de gobierno, que dependían del derecho indígena como elemento regulador (Casas & Alcina Franch, 1992).

La estabilidad social de los pueblos indígenas obedecía, según los primeros colonos, de sus sistemas de convivencia familiar y comercial. Esto demuestra que ya antes de la colonización, los pueblos de América contaban con sistemas sociales que resguardaban el orden, la coexistencia y el comercio.

Para Fraile Francisco de Vitoria (1492-1546) quien fue uno de los primeros en embarcar a las nuevas tierras descubiertas, los indios precolombinos eran seres con bases sociales y gran entendimiento del orden; remarcando en sus crónicas, el grado de esencia humana presente en los hombres y mujer indígenas. Anaya (2004) nos señala:

Los indios no son mentes sordas, sino que tienen, según su especie, el uso de la razón. Esto es claro, porque hay un cierto método en sus asuntos, porque tienen ordenanzas ordenadas, un matrimonio definido y magistrados, señores, leyes, talleres y un sistema de intercambio, todos los cuales requieren el uso de razón; También tienen un tipo o religión (p.17).

El año 1492 representa un punto decisivo en la historia de las relaciones culturales, políticas y económicas entre el continente americano y el continente europeo. El descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colón el 12 de octubre de ese mismo año, traería consigo la pérdida de la organización social, convivencia e independencia de los pueblos indígenas originarios del continente americano, iniciando de esa manera un proceso homogeneizador cultural e institucional que resultaría en una estratificación de la sociedad.

Con la llegada de la colonización se da inicio a la expansión del modelo europeo en América, por medio de la imposición de un modelo cultural, religioso, legal y político a los nativos de las tierras americanas. Los nuevos modelos sociales impuestos transformaron las características sociales de los hombres y mujeres nativos, resultando en un fenómeno de segregación de las figuras culturales locales y de la pérdida de su auto administración. Vattel (1834) afirma lo siguiente:

Cuando una nación toma posesión de un territorio que ningún propietario anterior puede reclamar, se considera que adquiere el imperio o la soberanía sobre él, al mismo tiempo que el dominio. Puesto que el territorio es libre, no puede tener intención de autogobernarse, así que se despoja del mando a los locales o cualquier otro derecho que constituya soberanía (p. 205).

Otro aspecto relevante en el proceso homogeneizador fueron las relaciones de Madrid con los reinos y territorios bajo su control, las cuales eran de carácter desigual en dependencia de la región en cuestión, respondían sobre todo a la cercanía de relaciones políticas, económicas e históricas desarrolladas entre los territorios de los reinos con la corte de Madrid. En este caso, las colonias o los reinos que se encontraban en el territorio de ultramar fueron tratados como estructuras de segunda categoría, que merecían ante todo un tratamiento impropio e inferior en las relaciones centro-periferia desarrolladas durante la colonia (Büschges, 2008).

La influencia de las relaciones de Madrid con los territorios bajo su control, contribuyó de gran manera a las relaciones que se propiciaron dentro de las colonias americanas, situación que produjo dentro de los territorios un modelo estratificado de las relaciones sociales en dependencia de la producción e importancia territorial.

La estratificación de la sociedad tanto andina como en el resto de América se desarrolló, según Demand & Hubbert (1994) en base a un diseño colonial donde los españoles y sus descendientes ocupan el primer escaño del orden social, seguido de los inmigrantes europeos, los mestizos, luego los hijos de españoles con mujeres indígenas, los creoles y por último los negros.

Esta clasificación racial de igual manera establecía una influencia directa en la composición social y en la organización política de las ciudades fundadas en la colonia. Simultáneamente, la estructura social de las ciudades marcó un modelo social donde se desarrollaron los primeros signos de diversidad cultural y racial. “Estos aspectos iniciaron a desarrollarse durante los tiempos coloniales debido a la interacción tanto cultural y racial entre los colonos, los indígenas y los esclavos” (Valencia Rodríguez, 2011, p. 15).

El impacto de la colonización en los pueblos indígenas del continente americano tuvo gran repercusión sobre todo en los grandes imperios indígenas, los cuales fueron más susceptibles al proceso de colonización (Tobin, 2016, p. 21) sufriendo prácticamente la desaparición de su organización y orden social. Mientras que los habitantes en los territorios americanos habrían perdido por el hecho y derecho de conquistas todo su legado jurídico-institucional, puesto que el proceso colonial lo reemplazó por una nueva estructura político-administrativa dividida en diferentes virreinos (Büsches, 2008, p. 124). Al respecto, Tobin (2016) sostiene lo siguiente:

[Los indígenas] se convirtieron en sujetos de regímenes jurídicos especiales que protegieron sus territorios de los colonizadores, impusieron impuestos, trabajos forzados y sanciones especiales, dándoles un nivel limitado de autonomía para aplicar sus propios “usos y costumbres” siempre que no contradijeran a la iglesia o derecho colonial (p. 21).

Con el fin de la época colonial, se inicia un modelo político de asimilación y categorización racial de los diferentes grupos sociales convivientes dentro de los nuevos Estados independientes. Con la asimilación y el monoculturalismo como características del proyecto político, los Estados latinoamericanos pretendieron “avanzar de la barbarie a la civilización” (Ochoa García, 2002, p. 92). Lo cual significó un control cultural por parte de un grupo social y político que se consideró así mismo como una cultura civilizada formada por criollos, que guiados por las políticas neoliberales de la época determinaron un camino de desarrollo a seguir excluyendo a las poblaciones indígenas, Ochoa (2002) nos señala:

En este modelo cultural, es en el que se origina la noción de asimilar, que alude a que los individuos de una cultura inferior deben perfeccionarse y negarse en aras de una cultura superior. En este proyecto político ya no será la religión sino a la educación y a la legislación a quien se confía la tarea de la promoción del cambio cultural y la unidad nacional como los métodos más eficaces (p. 92).

Ecuador, como otros países latinoamericanos, inicia con la implementación de estas políticas públicas indigenistas “neo-desarrollistas” que en el fondo pretendían “desindianizar”² o blanquear a los indígenas (de Zaldívar, 2013, p. 74). En la primera constitución ecuatoriana de 1830 se establece en el art.68 a los indígenas como una carga para el Estado, razón por la cual se le otorga a la iglesia católica como institución religiosa la administración de la población indígena del país.

Art. 68: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable” (Congreso Constituyente Ecuatoriano, 1830)

Estas políticas públicas solapadas por acciones de bienestar pro indígenas pretendían; por medio de la apertura cultural al exterior, despejar cualquier duda que las relacionara con su pasado indígena, de tal manera que socialmente se pudieran proyectar hacia y por el alcance de la modernidad, adoptando valores occidentales de pensamiento y costumbre. Con esto se pretendió que el proceso de modernización llevaría al olvido los modelos de vida tradicionales prehispánicos. Zaldívar (2013) sostiene al respecto lo siguiente:

Estos enfoques ofrecían una visión de las sociedades rurales “tradicionales” como si de realidades aisladas, autárquicas y cerradas se tratase: la tecnología “secular”, las costumbres “ancestrales”, la endogamia, la autosuficiencia social y el estado de equilibrio respecto a las características del medio geográfico, serían algunas de sus peculiaridades. El proceso de modernización supondría, desde estas perspectivas, la apertura al exterior, la pérdida de la autonomía y, por fin, la liquidación de las propias formas de vida tradicional (p. 74).

Entre los proyectos de modernización efectuados por el Ecuador destaca la “Misión Andina del Ecuador (MAE)”, la cual fue una sustitución de la Misión Andina de las Naciones Unidas en el Ecuador en 1956. Esta misión tendría como objetivo principal: “Promover el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades campesinas de la sierra ecuatoriana, para elevar sus niveles de vida y procurar, al mismo tiempo, su

² La pretensión de blanquear, educar, re-socializar e integrar al indio a la vida social mestiza/postcolonial del proyecto de nación basado en líneas de corte modernidad, la identificamos con este término.

integración en el proceso de desarrollo del país”(UNESCO, s/f). Estos métodos de desarrollo emprendidos en Latinoamérica fueron intentos de una homogenización cultural, que trataron de borrar lo que se consideraba como el freno del progreso, miraba al occidente como una meta del ideal cultural, económico y social. Resultando al final en una estratificación de la sociedad en dependencia de su herencia colonial, relegando en esta clasificación a la cultura y estructuras indígenas.

2. La Justicia Indígena y el Derecho Consuetudinario: Un camino a la descolonización

La justicia indígena en el Ecuador es una institución jurídica basada en las prácticas ancestrales de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Se caracteriza por ser un elemento fundamental para el ejercicio de la autoridad de las comunidades, la cual es la organización base de los pueblos y nacionalidades indígenas existentes en el Ecuador³. El reconocer a la justicia indígena como una institución jurídica, es reconocer la esencia viva de los pueblos indígenas y su lucha por la descolonización de sus instituciones y su cosmovisión de vida.

Normalmente en la academia hablar de derecho consuetudinario y justicia indígena, es hablar sobre el mismo estatuto legal. Es necesario entender que nos encontramos ante un error de lectura y de análisis al establecer a la justicia indígena como derecho consuetudinario.

Si bien en ambas instituciones de justicia se encuentran características similares, la razón particular de su esencia es completamente diferente. Una depende de un sistema normativo que la cataloga desde su característica de no poseer una forma escrita y la otra está basada en conocimientos ancestrales y en la cosmovisión de los pueblos indígenas.

Tanto la justicia indígena como el derecho consuetudinario, responde en sí, a la normativa del conocimiento social, a un modo específico de conocimiento sobre normas que no necesitan un carácter escrito para sobrevivir en la práctica, “la propia ejecución de la ley sea indígena o consuetudinaria está ligada al conocimiento de conceptos culturales y de relaciones sociales que garantizan su continuidad” (Ochoa García, 2002, p. 33). Ambas son compuestas por elementos similares, que logran mantener vigente a

³ Entrevista Semi-estructurada; Floresmilo Simbaña, dirigente de la CONAIE, Quito, Ecuador, noviembre del 2016.

ambas instituciones como sistemas de justicias, entre los elementos más característicos de estos dos sistemas encontramos tres esenciales:

- Oralidad como elemento de comunicación,
- Territorio de interacción social,
- Los actores como la pieza viva de estos dos sistemas.

En la lucha por la descolonización de los derechos de los pueblos indígenas es necesario dejar atrás todas las categorías que tratan de imponer un control normativo a las costumbres de los pueblos originarios. El jurista Antonio Salamanca, en su libro sobre la *Teoría Socialista del Derecho*, advierte que “los pueblos de América viven una indignancia jurídica, pues se les expropia sin tregua sus derechos, usando sistema imperialista disfrazado de bellas leyes y normas” (Salamanca Serrano, 2011, pp. 44–45).

Interpretando a Salamanca, debemos de comenzar a analizar que como institución el derecho Consuetudinario es una normativa jurídica que tiende a encapsular la justicia indígena dentro de su estructura, y el simple reconocimiento de esto marca un mecanismo de descolonización. El término al mismo tiempo no suele gustar a los pueblos indígenas, y para la academia marca una lectura ambigua ya que “pierde de precisión lo que gana en presunta inteligibilidad”(Ochoa García, 2002, p. 89).

2.1 La descolonización en esencia social, colectiva y comunitaria

A nivel local a partir del siglo XX los Estados comienzan a usar la terminología “Derecho Consuetudinario” para generar normas de carácter específico en las relaciones jurídicas de los pueblos indígenas, las cuales marcaron un índice crucial en las relaciones entre el Estado y pueblos indígenas (Ochoa García, 2002). Sin embargo, éstas no generaron ningún cambio sustancial en la realidad jurídica de los pueblos.

El derecho consuetudinario nace como una necesidad de dar nombre y establecer un tipo de control sobre las expresiones naturales de conductas sociales propias de un grupo de personas. Es algo que el profesor Salamanca llama “expropiación de la producción del Derecho” (Salamanca Serrano, 2011, p. 46), donde los pueblos empobrecidos y debilitados pierden la capacidad de producir sus propios sistemas de leyes o normas, ya sean naturales o institucionales, y terminan absorbidos por la voluntad y ley del amo, o por los sistemas jurídicos centralizados(Salamanca Serrano, 2011).

En materia del uso de la ley por parte del Estado poscolonial y sus sistemas constitucionales, se estableció en un primer punto instaurar una generalidad jurídica, la cual busca abarcar desde la centralidad de su poder coercitivo un racimo de distintas normas de administración social, en sí una estrategia que “disuelva en la legalidad las

prácticas particulares de los pueblos indios [...] y así garantizar el ejercicio de la hegemonía”(Stavenhagen & Iturralde, 1990, p. 49).

Los movimientos indígenas en Latinoamérica han iniciado con un proceso de resistencia continuo en pro de la reconstrucción de su identidad y en pro de retomar sus prácticas ancestrales sin la influencia externa de sistemas políticos (Stahler-Sholk, Vanden, & Becker, 2014, p. 31). Éstos, han fortalecido dentro de sus organizaciones los regímenes de prácticas locales y las instituciones de carácter horizontal donde los grupos organizados y representantes de los pueblos indígenas no pretenden ser parte de la estructura política clásica, sino que se encaminan en construir un modelo popular de poder desde las bases, lo cual permite reproducir su características y sistemas culturales étnicos para ellos y por ellos, llevando y dirigiendo sus actuaciones a cambios democráticos, donde la correlación de fuerzas sufre un cambio en el balance para bien de todos (Stahler-Sholk et al., 2014). Al respecto, Sánchez Parga (2010):

Solo entonces los pueblos indígenas se constituyen en “etnia para sí”, tomando conciencia de su especificidad, para definirla en el contexto de la sociedad nacional, lo cual coincide con el denominado momento organizativo. Y solo entonces también la transición democrática y el escenario de la democracia hacen posible, de un lado, la participación y demandas de mayor participación de todos los actores y movimientos sociales, de otro lado, la democracia que no sólo supone la existencia de instituciones representativas sino también de actores sociales representables, es decir definidos, organizados y capaces de actuar previamente a todo canal de representación política (P. 86).

De esta propia identificación étnica, los autores indígenas logran deslindarse de la influencia externa dando paso a nuevas perspectivas de actuación social y promoviendo la descolonización de sus instituciones. En este caso concreto, la descolonización de la justicia indígena logra revitalizar su todo étnico en una esencia social, colectiva y comunitaria. Al igual que exige su revalorización cultural como miembros de esa sociedad que aparte de ser culturalmente plural, es también plurinacional y pluralmente jurídica.

2.2 El camino a la pluralidad del derecho y la norma

Para que la pluralidad jurídica funcione como un mecanismo descolonizador, es necesario señalar que el sistema consuetudinario solo representa una categorización que busca establecer control sobre la naturaleza de la justicia indígena, y toma forma de método de ampliación del modelo integracionista del Estado hacia lo indígena.

El proceso de descolonización de la justicia indígena es una pieza en todo el engranaje de descolonización de los pueblos indígenas; para esto es necesario el establecimiento de fronteras jurídicas y sociales que permitan el desarrollo de las sociedades indígenas y el de sus instituciones ancestrales, desligándose de las políticas neoliberales de absorción y asimilación.

En el siglo XX surge la necesidad de establecer políticas públicas que atiendan la relación entre el Estado y las comunidades de los pueblos indígenas, llegando a plantearse en el derecho constitucional estatal, pero según politólogo Carlos Ochoa “desde la visión de lo indígena como el problema”(Ochoa García, 2002, p. 93).

Un problema que no permitía a los Estados latinoamericanos caminar de manera homogénea hacia el ideal de las políticas neoliberales y mucho menos alcanzar el sistema de consumo que prometía al bienestar nacional. De tal manera, con un contraste cultural de reconocimiento de derechos, se brindaron propuestas de integración y autonomías regionales, como en el caso nicaragüense donde se brindó reconocimiento a las regiones autónomas del atlántico norte y sur del país, pero siempre bajo la tutela de los órganos estatales como centros del poder político y monopolio de lo cultural.

Tales avances legislativos se observan de igual manera en las políticas internacionales y comienza a fundarse en los Estados el temor de perder poder político ante el surgimiento internacional del reconocimiento a la libre determinación, derechos culturales, políticos y sociales por el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Estos cambios de orden internacional marcan el camino a las nuevas políticas Estatales del siglo XXI, donde el aparato estatal inicia con la incorporación de los derechos reconocidos por organismos internacionales en el Derecho Constitucional interno, aplicando una “figura de sub-campo”⁴ apoyada por la clasificación de lo consuetudinario, donde el derecho estatal positivo representa el campo central y regulador de los espacios que forman parte del sistema de justicia nacional. En otras palabras, el Derecho Constitucional es el campo central encargado de generar y administrar el derecho. En él se concentran sub-campos jurídicos inferiores como el derecho consuetudinario, penal, civil o administrativo.

⁴ La teoría del campo, fue desarrollada por Bourdieu, para determinar el alcance y autonomía de un campo en específico, Willen Assies lleva un poco más lejos la teoría de campo estableciendo “El campo Jurídico” como un espacio que estaría conformado por distintos sub-campos jurídicos, en donde se establecen competencias y alcances. De tal manera, que la justicia indígena, sería en cierta forma un sub-campo a la cual se le reconoce y se le atribuye espacio de aplicación por el imperio de ley.

Con el reconocimiento constitucional de lo consuetudinario como un sinónimo del derecho indígena, se propicia una limitación del alcance de las autoridades indígenas, al verse sometidos bajo la figura de un sub-campo del derecho escrito y bajo el control que brinda el Estado en su necesidad de establecer una figura monista del derecho (Ochoa García, 2002).

Ante tal situación, los pueblos indígenas han sido capaz de identificar estas políticas estatales y su intento de establecer un control sobre las instituciones de los pueblos indígenas, por lo cual se han dado a la tarea de denunciar estas políticas basadas en un marco internacional que poco o nada representa la visión cultural de los pueblos indígenas. Razón por la cual, la movilización de los movimientos indígenas es más que necesaria para lograr la reproducción de normas que garanticen el acceso y derechos sobre sus recursos. “A partir de la época de los años 90 en Ecuador se hace necesaria la politización de la movilización indígena, con el fin de lograr una mayor representación en el campo político ecuatoriano” (Sánchez Parga, 2010, p. 103), por lo cual se funda el partido político indígena Pachakutik.

En 1990 Stavenhagen & Iturralde afirmaron:

En esta disputa por el derecho, el movimiento indio viene desarrollando una argumentación (y en general una retórica) que es congruente con el conjunto de sus planteamientos respecto a la tierra, la lengua, los sistemas de autoridad y las prácticas culturales. Sostiene la existencia de un conjunto de normas y de prácticas jurídica-culturales, que son anteriores y distintas al derecho nacional, que por estar ajustadas a las necesidades de la vida social y provenir de ella, y de su acumulación y depuración históricas, son más apropiadas para la regulación del comportamiento de las comunidades y para la defensa de su ser como pueblos diversos. Considera a la costumbre como fuente primordial de un sistema jurídico alternativo, y demanda su supremacía sobre la ley general, a la que critica como impuesta e inadecuada (P. 51).

Según (Ochoa García, 2002), esta corriente de cambio en las políticas indigenistas tiene su inicio con el convenio 169 de la OIT, el cual ha relanzado el término a un nivel internacional. Aunque el mismo profesor afirma que el uso y la noción del término es inviable como una categoría analítica debido a la gran complejidad que el derecho indígena encierra en sí mismo.

Tal rechazo, ha llevado en la época de los noventa a un debate jurídico y político de su uso, en algunos casos, ha generado un caos terminológico dentro de ordenamientos nacionales, generalmente en aquellos Estados donde se han generado posturas en relación con la justicia indígena y su aplicación como institución jurídica.

En el análisis de Ochoa, tres características esenciales surgen en el debate sobre la justicia indígena y su autonomía como institución de justicia independiente al derecho consuetudinario:

1. Su inviabilidad como categoría analítica y su poca precisión.
2. La incapacidad de generar una teoría jurídica capaz de incorporar la complejidad de las sociedades pluriculturales.
3. La dominación del derecho consuetudinario y su conexión con el derecho estatal e internacional como un sub-campo del sistema (Ochoa García, 2002, p. 119).

He aquí exactamente el punto de quiebre entre el derecho consuetudinario y la justicia indígena, la falta de congruencia entre las dos instituciones. La consuetudinariedad se presenta como un mecanismo de gran valor y con legitimidad en las relaciones internacionales, diplomáticas y estatales, mientras la justicia indígena, pasa a ser un tema de debate que espera la legitimidad de la cúpula. Ochoa García (2002) señala, que es justamente esta característica imprecisa de lo consuetudinario y su relación con los Estados donde se continúa reproduciendo el sistema monista de control y producción de derechos sociales.

Otro argumento importante es el ligado con la permanencia estática de la norma. El imaginario colonial supuso que el derecho consuetudinario permanece en un estado estático, sin cambios en su función o estructura, por otro lado, el derecho indígena es de característica flexible y progresiva, donde prima una tradición jurídica dinámica.

En conclusión, el debate sobre la independencia del derecho indígena es relativamente nuevo, pero se puede interiorizar en que la justicia indígena, es un sistema de justicia que apela más a la dinámica que puede otorgar su naturaleza o su visión milenaria e independencia de la categoría del derecho consuetudinario estático, el cual se encuentra regulado y legitimado por el derecho positivo y por las normas internacionales. Por ende, podríamos decir que la justicia indígena es incompatible con el sistema monista del actual sistema jurídico global que encierra en sus conceptos y preceptos mecanismos firmes de actuación y de reconocimiento.

3. La Dicotomía del Estado en lo Homogéneo

El Ecuador ha tenido dos procesos constitucionales en los últimos veinte años de su historia constitucional, ambos de gran importancia para el análisis del discurso político para la evolución de los derechos de los pueblos indígenas y sus Derechos Humanos. Los avances se pueden resumir en una mayor inclusión de los pueblos indígenas en las políticas nacionales y el progreso del Estado de Derecho, el cual garantiza mecanismos

de acción y organización colectiva, como lo es por ejemplo la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONAIE).

La CONAIE como organización se presenta como una estructura nacional que tiene el deber de velar por los intereses de las distintas organizaciones indígenas que en ella se concentran, nace con la misión primaria de lograr el reconocimiento del “Estado plurinacional como anticolonialista, antiimperialista y antisegregacionista”(Altmann, 2014, p. 14), a través de una reforma constitucional que reconozca el carácter y existencia de otras nacionalidades indígenas dentro del territorio ecuatoriano.

La Plurinacionalidad en la agenda de la lucha indígena ecuatoriana no es una novedad, en las reformas constitucionales de 1979, también alcanzadas por un levantamiento indígena provocado en 1978, se discutieron temas como el reconocimiento del carácter multiétnico, multiculturalidad, autonomía y plurinacionalidad. En este momento de la historia, la élite gobernante acusó de separatistas a las distintas organizaciones a favor de las demandas por autonomía de los pueblos indígenas y se interpretó a la plurinacionalidad, como un método para debilitar al Estado en su formación territorial y política.

Para los años 70 y mediados de los 80, la situación de los pueblos indígenas y la sociedad mestiza en el Ecuador se encontraba completamente estructurada en una dicotomía del todo diferente la una de la otra. De esta dicotomía se desprenden dos grupos sociales, los dominantes y los dominados, con esto debemos entender: población mestiza y pueblos indígenas. La dicotomía, como fenómeno social ha sido ampliamente estudiada desde el análisis de los discursos políticos y las acciones sociales en contra de ella. En la población ecuatoriana esta dicotomía social se deriva de dos corrientes distintas, sin embargo, ambas provenientes de la concepción del Estado como un órgano homogéneo e inseparable, que se niega aceptar el factor plural en su sociedad. Interpretando a: (Alvarez, 1998), las posturas en las que se fundamenta la dicotomía son

1. La cultura política latinoamericana solamente comprende a un Estado fuerte e intervencionista, con la visión que solamente el Estado como sujeto político es competente de decidir la relación de fuerza y orden social. De tal manera que el Estado como tal, ha estado ligado a las políticas del proyecto nación y a todas las formas de populismo, nacionalismo y proyectos de desarrollo conservadores o progresistas.
2. “La hegemonía cultural como política de dominación” según Álvarez, desde el razonamiento de la catedrática y politóloga Evalina Dagnino⁵, quien explica que, desde el

⁵ Catedrática del departamento de ciencias políticas en la Universidad de Campinas, Brasil. Ella es investigadora sobre relaciones entre el Estado como fuerza política y la cultura, movimientos

análisis de la relación entre la cultura y el poder político, la primera, se ha convertido en un instrumento de dominación y homogenización.

La dimensión cultural es un elemento esencial en la homogenización de la población, en la sociedad ecuatoriana de los 70 y 80 así como en el resto de Latinoamérica, esta homogenización llegó a crear un sentido identitario, un primer punto de reconocimiento semejanza que fortaleció al Estado en su proyecto-nación. Pero también se convirtió en un elemento de rechazo a lo diferente y a lo indígena. En la población mestiza este sentido de rechazo fue promovido en muchos casos por medios y políticas estatales. Este efecto también se dio en la población indígena, que inició de la misma manera a renegar su identidad cultural por considerarla inferior; sobre todo en las sierras ecuatorianas.

Dagnino basa su estudio sobre la cultura como instrumento homogeneizador en la teoría de “Antonio Gramsci”⁶, donde ve a la sociedad como un terreno de luchas de posiciones en la cual se encuentran distintas relaciones de poder. En el Ecuador de los 70 no se plantea una toma de poder o subordinación por la fuerza, sino que se plantea una subversión de la sociedad por medios progresivos, pacifistas y permanentes (Alvarez, 1998, p. 38). Por lo tanto, la homogenización cultural se encontraba desde las políticas públicas de incorporación de la población indígena, hasta en los medios de comunicación, que distribuyeron un modelo de clasificación y reconocimiento.

Los movimientos indígenas se movilaron en contra de la homogenización cultural impulsada por el Estado y la visión del indio como un problema, el presidente de la CONAIE Floresmilo Simbaña expresaba que, la lucha por la nación plurinacional siempre ha sido un objetivo estratégico y central para el movimiento indígena ecuatoriano, que termina de constituirse dentro de un plan de acción en 1994.⁷

4. Lo Plural en el Sistema Constitucional Ecuatoriano: La Justicia Indígena y su Implementación como Institución Administradora de Justicia

En el campo político, la lucha por la plurinacionalidad ha sido constante por parte del movimiento indígena, que encontró en el Convenio 169 de la OIT una herramienta jurídica de carácter internacional que proporcionaba una base legal a las demandas de la

sociales, sociedad civil y participación. En su libro *Cultures of Politics* en colaboración con el antropólogo Arturo Escobar, analizan el rol de la cultura como un elemento homogeneizador de la sociedad, partiendo de los conceptos de Gramsci sobre la hegemonía y su rol en la política.

⁶ Filósofo, político y marxista italiano; conocido por su colaboración en el estudio de la hegemonía y bloque hegemónico.

⁷ Entrevista semi-estructura, Floresmilo Simbaña.

población indígena, no solo por la plurinacionalidad, sino también en temáticas como la autonomía y la autogestión de los recursos naturales.

Para Mama Carmen Lozano⁸, la plurinacionalidad es un concepto simple de entender en la lógica del movimiento indígena. En una entrevista ella define la idea plurinacional como un principio donde cada miembro de la sociedad ecuatoriana tiene su espacio dentro del alcance constitucional de la norma. Ella relata que la realidad social ecuatoriana está formada por los pueblos amazónicos que son 12 y los 18 pueblos Quichua, más los afro-descendientes, mestizos o campesinos; todos ellos partes del Estado Ecuatoriano. La plurinacionalidad es para ella la armonía de la diversidad de los pueblos, culturas e identidades que comparten el espacio geográfico ecuatoriano y la historia como país, pero al mismo tiempo, con la oportunidad de auto-conocerse y desarrollarse de manera independiente y en armonía.

Los 80 y los 90 fueron calificados como el Boom y la época de oro del movimiento indígena ecuatoriano, dando como resultado toda la movilidad de los grupos indígenas y la promulgación de la constitución política ecuatoriana de 1998, la cual, a pesar de toda la movilidad y estrategias de la CONAIE, no introdujo el principio de plurinacionalidad en su cuerpo normativo.

El poder político representado en los legisladores constitucionales de 1998 optó en un principio por apaciguar a los dirigentes indígenas con el reconocimiento del principio de “autodefinición”. De esta estrategia política, se desprende el art. 83 de la constitución de 1998, el cual se lee de la siguiente manera:

Art. 83 “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afro ecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”⁹.

Este artículo de la constitución ecuatoriana de 1998 refleja en primera instancia la voluntad de dos posiciones distintas, una empeñada en mantener el poder centralizado en la figura del Estado y la otra que lucha por una mayor libertad de autodeterminación

⁸ Mujer indígena Quichua, del pueblo Saraguro, dirigente de la mujer y la familia del Ecuarunari, es una de las figuras más importantes en el movimiento indígena debido a su rol político, activismo y su lucha a favor de los derechos de las mujeres indígenas. El título Mamá dentro de la cultura indígena kichawa representa respeto y es otorgado a las mujeres líderes de comunidades en relación a la tierra que es madre. Entrevista semi-estructurada, Carmen Lozano, dirigente indígena de ECUARUNARIE Quito, Ecuador 2016.

⁹ Constitución Política ecuatoriana de 1998, aprobada el 5 de junio de 1998, en Riobamba, Ecuador.

y definición. De manera académica no podríamos decir “como sin querer queriendo” típica frase de un humorista mexicano de los 80, pero el art. 83 refleja por otro lado las dos corrientes en conflicto, donde el Estado reconoce la autodeterminación de los indígenas como nacionalidades, pero al mismo tiempo recalca que a pesar de que ellos se autodenominen como nacionalidades, serán siempre parte del Estado Ecuatoriano único e indivisible.

a. La constituyente del 2008 y el art. 171

En el proceso constitucional del cual resulta la Constitución Política del Ecuador del 2008, se presenta la discusión sobre la justicia y la legalidad como elementos jurídicos representados en el derecho, las cuales son figuras jurídicas con las que todos los seres humanos nos encontramos en constante relación durante nuestra vida, y aunque parezca un binomio inseparable y su existencia se encuentre en el entendimiento natural de los ciudadanos, al final del análisis ambas son muy distintas la una de la otra.

Primero, la legalidad dependerá en gran medida del método por el cuál se ha formulado su esencia por parte de los órganos del Estado y de lo que se considera como legal o ilegal. Segundo, la legalidad es un método de la legitimación, el cual se materializa por medio del poder legislativo del Estado, lo que comprende a la legalidad de los actos, los cuales están basados en la ley prescrita, y es la norma en su forma escrita la que otorga la legitimidad de los actos a tratar y la manera de resolver conflictos.

En cambio, la justicia está en la naturaleza del ser humano, es un poco difícil de definir su alcance o aplicación en un contexto incierto, para el profesor Ávila Santamaría por ejemplo, en su texto la “Constitución del 2008 en el contexto andino”, nos dice que la justicia es un término *polisémico*¹⁰, al cual se puede aplicar tantos significados como se podría imaginar. Por lo cual es completamente válido hablar de sistemas de justicia o justicias indígenas y de justicia ordinaria dentro de un sistema jurídico.

Para De Sousa Santos, (2012), la justicia y el derecho son las ventanas perfectas para observar los avances y retrocesos de los procesos de transformación social (p.14). Transformándose la justicia y el derecho en herramientas para entender el desarrollo jurídico y social debido a los procesos convulsivos que surgen cuando se producen cambios transcendentales en los ordenamientos jurídicos, sobre todo cuando tratan de romper con el sistema centralizador de los Estados modernos coloniales.

¹⁰ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “polisémico” significa “Pluralidad de significados de una expresión lingüística” (<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=TZIPkGU>)

De Sousa Santos (2012) señala también la existencia de una línea, en la cual el Estado separa lo cuestionable y lo criticable y lo que no se cuestiona y no se puede criticar. Lo que se encuentran al lado de la línea de lo cuestionable, los invisibles como la justicia indígena ancestral, son los que en mejor condición se encuentran para desafiar las Estructuras de control y límites, en pro de ser visibilizados por la sociedad y consultados por las autoridades.

Bajo ese contexto y el cuestionamiento al control estatal por parte de las organizaciones indígenas del país, así como el compromiso adquirido por el presidente de este entonces, Rafael Correa, el Ecuador incorpora en su art. 171 de la Constitución del 2008, el reconocimiento de la justicia indígena y se obliga a respetar lo ejecutado por los administradores de justicia indígena en base a su cosmovisión y dentro de sus comunidades y pueblos.

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 ordinaria¹¹.

El art. 171 es la expresión viva de los logros de la movilización indígena ecuatoriana y la materialización de la justicia indígena como estatuto constitucional, se presenta en gran medida el cambio sustancial de las políticas estatales de participación y descentralización. El sistema de justicia indígena como derecho, pasa de la clandestinidad de su aplicación de las décadas pasadas, a formar parte de la supremacía constitucional acorde a lo dispuesto en el art. I, que determina al Ecuador un “Estado Constitucional de Derecho”¹² lo cual garantiza su supremacía de derecho sobre otras normas secundarias.

El “Estado de derechos” significa, por un lado, el reconocimiento de la pluralidad de sistemas de derechos (derecho indígena, derecho de equidad de la justicia de paz,

¹¹ *Constitución de la República del Ecuador* (Quito: Publicada en el registro oficial No. 449, 2008).

¹² *Constitución de la República del Ecuador*.

derecho comunitario, derecho internacional de los derechos humanos) íntimamente relacionada con la plurinacionalidad; y, por el otro, la centralidad y la supremacía material de los derechos establecidos en el texto de la Constitución (Ávila Santamaría, s/f, pp. 230–231).

El art. 171 engloba el reconocimiento de todo el aparato institucional de la justicia indígena, de igual modo que establece la creación de un mecanismo de cooperación entre las justicias. En los siguientes puntos, segmentaremos el artículo para su análisis.

1. El sujeto a quien se aplica el derecho son “las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas” en particular, haciendo referencia a cualquier otra forma de organización que se plantee.
2. Es potestad propia de las autoridades que ejercen y administran a la justicia indígena: “Las autoridades de las comunidades...” dentro de su jurisdicción territorial.
3. Reconoce la fuente de su derecho, como sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.
4. Reconoce la obligación del Estado de reconocer la autoridad e independencia de la justicia indígena y su obligación de crear mecanismos de cooperación entre los sistemas.

Otros elementos claves se desprenden del artículo 171, entre ellos; 1. El reconocimiento de la existencia de sistemas de derecho distintos al estatal, 2. La obligatoriedad o reconocimiento de las sentencias de la justicia indígena, 3. El papel de la mujer, primero como miembro de la sociedad y otro como referente del pueblo indígena, 4. El control constitucional de las decisiones.

El diálogo intercultural es reconocido en todas las esferas del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, sobre pasando el ámbito cultural o político que en el pasado marcó el camino y logra ampliarse hasta alcanzar esferas de orden legal. Esto quiere decir que va más allá de la legitimidad del imaginario social, ya que se da cabida a un proceso de democratización de la justicia, donde impera el acceso a las justicias con relación a determinadas personas y colectividades(Ávila Santamaría, s/f, p. 242).

Al incluir aspectos novedosos como el reconocimiento de la plurinacionalidad y la justicia indígena, la constitución entra en un nuevo proceso progresista no solo político, sino también social, necesario para crear un verdadero Estado de derecho respetuoso con la diversidad nacional del país, De Sousa Santos dice:

La Constitución es simplemente un papel que ha sido fuente de frustración durante mucho tiempo. Varios derechos han sido incluidos pero los pueblos continúan siendo excluidos, empobrecidos, invisibilizados y oprimidos. Estamos ante un nuevo tipo de

constitucionalismo que implica un proyecto político de país diferente, otra forma de cultura, de convivencia, de territorialidad, de institucionalidad del Estado¹³.

Pero no debemos de olvidar que la justicia ancestral con o sin reconocimiento del Estado, es un sistema que ha existido ya desde antes de la colonia y que siempre ha sido parte esencial de la vida de las comunidades y pueblos indígenas de los Andes. La justicia indígena, con sus características ancestrales, no necesita de la norma escrita para asegurar su continuidad; para los pueblos indígenas, la justicia indígena está viva y su continuidad depende de la comunidad y de sus miembros.

El alcance de la justicia indígena en el modelo constitucional ecuatoriano es hasta cierto punto inimaginable. Nos encontramos ante un escenario en el cual un sistema que no debe su existencia a la norma escrita, pasa a formar parte de la maquinaria institucional de un Estado con los mismos alcances del derecho constitucional, el cual es considerado dentro de la tradición jurídica como la norma fundamental dentro de la estructura organizativa del Estado.

b. El Marco General de la Justicia Indígena

En esta flexibilidad del término justicia y en las últimas transformaciones constitucionales es que debemos entender el contexto ecuatoriano y la coexistencia de dos formas de justicia completamente distinta la una de la otra, en la cual su ideal jurídico sería la completa independencia de ambas en un contexto de cooperación.

En el contexto ecuatoriano encontramos, por un lado a la justicia indígena y la justicia ordinaria por otro, a dos instituciones administradoras de justicia completamente distintas, que a partir del 2008 con la aprobación de la nueva constitución política conviven y se relacionan sus procesos en un mismo Estado constituido de derecho.

La incorporación de la justicia indígena en la norma constitucional ecuatoriana representó una transformación del orden constitucional tradicional, tanto a nivel nacional como internacional. El alcance político de tal incorporación en el panorama latinoamericano, es descrito por (De Sousa Santos, 2012):

No se trata solo del reconocimiento de la diversidad cultural del país o de un expediente para que las comunidades locales y remotas resuelvan pequeños conflictos en su interior, garantizando la paz social que el Estado en ningún caso podría garantizar por falta de recursos materiales y humanos. Se trata, por el contrario, de concebir la justicia indígena

¹³ “Estados plurinacionales y Constituyente”, América Latina en movimiento, consultado el 26 de septiembre de 2017, <https://www.alainet.org/es/active/23957>.

como parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo en los últimos doscientos años (P.15).

La justicia indígena en sí representó durante el proceso de la constituyente una gran discusión en materia de su legitimidad, ya que el reconocimiento de su aplicación y autonomía representaba para la figura del derecho eurocéntrico un cuestionamiento a su hegemonía y al mismo tiempo representaba para la figura del Estado un desbalance en su afán de controlar la justicia como una institución propiamente Estatal¹⁴.

Ávila (2008) nos señala que, la justicia indígena logra ser legitimada por el orden constitucional y esto le otorga la legalidad de sus actuaciones bajo la administración estatal, pero al mismo tiempo se subordina ante la supranorma del Estado, en este caso la constitución, que debe asegurar el respeto y coexistencia entre los dos sistemas convivientes (p.243). La constitución ecuatoriana no crea nada nuevo a nivel jurídico, pero se reconoce que es una de las primeras en formular principios de plurinacionalidad y pluralidad jurídica. La formulación del art. 171 se basa sobre todo en el marco internacional planteado con antelación por la *Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en sus artos. 5 y 40 que determinan la raíz jurídica del art. 171 de la Constitución Ecuatoriana.

Para la justicia indígena en sí, su incorporación a la constitución política solamente representa un revestimiento de visibilidad y de legalidad estatal, tal como lo dice de Sousa Santos, al mismo tiempo que brinda reconocimiento a sus actuaciones y da inicio al diálogo entre dos sistemas jurídicos vigilados por la norma constitucional.

En una entrevista realizada con el señor Simbaña, nos expresó que la necesidad de buscar la incorporación de la justicia indígena a un nivel constitucional, se sobreviene con la necesidad de buscar una instancia o un instrumento que permita reducir la persecución de los administradores de justicia indígena por parte del Estado¹⁵. Claramente, con la legalidad otorgada a las actuaciones de la justicia indígena, la persecución a los líderes comunales por ejercer el derecho indígena debía de cesar con la puesta en práctica del diálogo intercultural.

¹⁴ Entrevista semi-estructurada Miraim Lang, Catedrática de la Universidad Andina de Quito, Quito, Ecuador, noviembre 2016.

¹⁵ Entrevista semi-estructurada, Floresmilo Simbaña.

5. La Pluralidad Jurídica: El Nuevo Escenario Ecuatoriano

El art. 171 de la constitución política ecuatoriana del 2008 propone dos ejes esenciales dentro de la estructura jurídica del Ecuador, en pro de potenciar la colaboración entre los sistemas de justicia.

1. El reconocimiento de la autoridad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de ejercer dentro de sus territorios funciones jurisdiccionales basadas en sus tradiciones ancestrales, lo cual se refiere a la legitimidad de sus acciones como sistema administrador de justicia.
2. Se determina una cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, que estará sujeta al control constitucional. Lo que se puede leer como un “pluralismo jurídico” en el sistema de justicia ecuatoriano.

El jurista Marcelo Bonilla (2008) explica la relación de los sistemas jurídicos desde la perspectiva de la convivencia en el campo de competencia de los dos sistemas. Citando a Boaventura, Bonilla plantea la naturaleza del pluralismo jurídico como una condición de las sociedades estatales de la modernidad, producto de la confluencia de otros procesos históricos como el colonialismo y el neocolonialismo (p. 53).

En una sociedad diversa como la ecuatoriana, debemos preguntarnos ¿Qué elementos establecen la existencia de la pluralidad jurídica y cuáles aseguran el buen funcionamiento del sistema plural? Esta es una pregunta esencial en la comprensión de la compatibilidad o incompatibilidad que pueden surgir en la correlación de los dos sistemas. En principio, los dos sistemas son completamente incompatibles si se trata de ajustarlos sin tener en cuenta las dos naturalezas.

Desde la antropología legal se determinan algunos aspectos para que exista o se pueda determinar la existencia de un escenario de pluralidad jurídica, para esto, debe existir según (Grillo, 2009) primeramente la existencia paralela de dos regímenes jurídicos legalmente reconocidos; segundo, una limitada diferenciación de competencias y jurisdicción y, por último, una institución jerárquica que sea capaz de resolver los conflictos de aplicación, interpretación y contradicción entre ambas normas (p. 53).

Desde la estructura legal en la cual la justicia indígena se encuentra incorporada en el sistema ecuatoriano, podríamos afirmar, por lo menos desde el orden formal institucional constitucional que la pluralidad jurídica es un hecho en el Ecuador.

El art. 171 reconoce tres elementos esenciales para la existencia de la pluralidad jurídica: 1. Formalmente reconoce dos sistemas de justicias. 2. Determina una

jurisdicción territorial a la justicia indígena. 3. Somete a ambos sistemas de justicia al control constitucional en un orden de jerarquía.

La pluralidad jurídica, como ya se ha mencionado es el resultado de hechos históricos y de la diversidad cultural y social de un Estado. Pero aún toca analizar cuáles son las principales dificultades y aciertos en la práctica de estos dos campos jurídicos en relación a su capacidad de actuación.

Sin duda, el control constitucional es un factor clave para asegurar el desenvolvimiento de ambos sistemas de justicia y evitar el choque de competencias entre ellos, por lo menos así se plantea desde la lógica constitucional formal en que están basados.

El antropólogo Fernando García analiza las dificultades y los aciertos en el régimen jurídico ecuatoriano partiendo de la pregunta ¿Forman estos dos sistemas un continuum? A lo cual señala que la coordinación se cumple en líneas generales, pero que existen en otras dos dificultades a tomar en cuenta, según (García, 2011, p. 145).

1. La dificultad de determinar cuál de los dos sistemas se debe aplicar, debido sobre todo a la falta de registro del sistema indígena.
2. La falta de entendimiento que la relación de la justicia indígena con el derecho ordinario tiene, que no es solo una forma de resistencia e identidad cultural, sino que es un sistema que ayuda a compensar las deficiencias del sistema formal.

Para la catedrática Miriam Lang¹⁶, el pluralismo gira en torno al reconocimiento de la coexistencia de varios sistemas de justicia, hasta este punto el Estado reacciona de manera congruente y reconoce este hecho, pero la situación está en que el Estado no logra entender la amplitud de la justicia indígena en el sistema nacional.

Para Lang, el reconocimiento de la justicia indígena y la instauración de una pluralidad jurídica es solamente un intento más en la búsqueda de la institucionalización de un sistema como la justicia indígena, que vive de su no institucionalización, un sistema que se construye con el contexto del caso, y en el cual el asunto a tratar como un problema, no es ajeno al régimen comunitario. Ella define el caso ecuatoriano de legitimación como el reconocimiento de que existe un sistema de justicia paralelo al ordinario, pero que falta la lógica de complementariedad, para que podamos determinar que en la realidad ecuatoriana existe una pluralidad jurídica¹⁷.

¹⁶ Entrevista semi-estructurada Profesora Miriam Lang.

Cabe preguntarnos, si la estructura formal del Estado (la constitución) ha legitimado o institucionalizado a la justicia indígena, ¿Qué tipo de retos puede encontrar en su libre aplicación?

Partiendo de que la constitución como norma formal impone límites de aplicación a ambos sistemas, podríamos decir que la constitución y su prerrogativa constitucional es una norma capaz de limitar el alcance de la justicia indígena, lo cual nos lleva a preguntarnos: ¿Estamos ante un tipo de retroceso en los derechos otorgados constitucionalmente a la población indígena del país, o es un acto meramente administrativo de derecho?

Sobre la pluralidad jurídica ecuatoriana se ha escrito muy poco a nivel académico internacional, aunque las opiniones varían. En sí, la constitución no habla en ninguno de sus artículos sobre la instauración de un sistema de pluralidad jurídica y, mucho menos de un deslinde de competencias, pero en este sentido se puede entender el análisis de la Dr. Lang sobre la situación actual ecuatoriana, en la cual el sistema indígena se encuentra limitado en su actuación, debido a que la constitución es solo un hecho que se desarrolla en un sentido, donde únicamente da un reconocimiento a otro sistema de justicia paralelo al propio, pero sin ánimos de establecer un puente entre ellos.

a. La praxis “El Caso la Cocha” ¿Un Choque de Jurisdicciones?

A prácticamente diez años en que la justicia indígena logra reconocimiento y posicionarse como un sistema jurídico independiente en sus actuaciones, se han presentado un sin número de acontecimientos y elementos en los cuales su aplicación se ha visto cuestionada, sobre todo por los sectores más conservadores de la sociedad.

En 2012 la ex miembro de la Corte Constitucional de Ecuador y activista del movimiento indígena Nina Pacari, menciona en una entrevista con el Profesor e historiador alemán Christian Büschges, el conflicto de competencia que se debatía en la Corte Constitucional sobre “*el caso la cocha*”, conflicto que en ese momento se encontraba sin resolución definitiva¹⁸. Pacari, mostraba una posición tranquila sobre los posibles escenarios de la sentencia, sin imaginar que, sería la sentencia de la corte constitucional

¹⁸ Raussert, “La justicia indígena en el Ecuador. Entrevista a Nina Pacari (Quito) | forum for inter-american research”. Consultado el 20 de octubre del 2017 <http://interamerica.de/current-issue/bueschges/>

la que iniciaría un nuevo capítulo en la historia de la lucha de los pueblos indígenas ecuatorianos por su sistema de justicia.

La sentencia del *caso la cocha*, representa el inicio de un proceso de reestructuración en el régimen de convivencia de los dos sistemas de justicias en el Ecuador. La sentencia promulga limitantes y aclara los alcances de la justicia indígena en el sistema judicial, perdiendo el sistema ancestral en gran manera flexibilidad en su aplicación y jurisdicción.

La corte debatió los alcances e interpretaciones constitucionales de la justicia indígena y sus limitantes dentro del aparato institucional, bajo el análisis de dos preguntas que aspiraban encontrar la resolución al problema jurídico:

1. ¿Adoptaron las autoridades indígenas decisiones bajo competencias habilitadas aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?
2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena? Sentencia, (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, pp. 11–12).

Ante la primera interrogante, la corte dictaminó que queda materialmente demostrado que la comunidad cuenta con sus procedimientos establecidos y reconocidos en el art. 171 de la Constitución Política. De igual manera determina que la “runa justicia”¹⁹ busca la protección de la comunidad el “Ayllukuna Alli Kusay” (*el Buen Bivir*), lo cual es válido debido a la norma constitucional del país y los otros tratados internacionales que le amparan.

Pero también determina que la justicia indígena no sanciona la afectación de la vida como un bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que la justicia indígena, lo que resuelve es la vida de la comunidad y su armonía y no en sí mismo el bien jurídico “vida”.

Sobre la segunda interrogante, la corte determina que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución Política del país y por la Declaración Universal de Derechos Humanos, presenta un fundamento que legitima la actuación del Estado a presentar amplias garantías que amparen el derecho a la vida y a la dignidad humana²⁰.

¹⁹Término utilizado en la sentencia para hacer referencia a la justicia indígena como sistema de justicia.

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 113-14-SEP-CC (caso la cocha)”, 27.

Como consecuencia y pese a que las autoridades indígenas tienen autonomía jurisdiccional, éstas se encuentran sometidas al imperio constitucional²¹.

Por lo consiguiente, se determina que no existe interferencia ni disminución del derecho de autonomía jurisdiccional, ya que es obligación del Estado garantizar y juzgar en todo el territorio nacional delitos contra la vida y que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario²². La resolución final de la corte se resume en seis puntos claves:

1. No se ha vulnerado derechos constitucionales, ni por la justicia indígena, ni por el Ministerio Público.
2. La Asamblea General Comunitaria es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver conflictos internos.
3. La Asamblea Comunitaria, al conocer del caso, no resolvió a favor de proteger el bien jurídico vida, sino en función de los efectos culturales y sociales. Por lo tanto, el bien actuación de la justicia penal ordinaria fue ejecutada bajo la orden constitucional.
4. Este numeral en base al “art. 11, numeral 8”²³, y en el “art. 436 numerales 1 y 6”²⁴ de la Constitución Política de la Republica decide:
 - i. La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida, es una facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun cuando estos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.
5. Que el consejo de judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia
6. Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaria Nacional de Gestión Política difundan la

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, 27.

²² Corte Constitucional del Ecuador, 28.

²³ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

²⁴ La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

2. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en su propia lengua²⁵.

Desde nuestro análisis a esta sentencia, la Corte prácticamente establece un retroceso en el espíritu legal del art. 171. Con esta resolución la Corte establece por medio de jurisprudencia el doble juzgamiento, aceptando por un lado la jurisdicción de la justicia indígena, pero desvalorizando sus medios para resolver los conflictos, por lo cual determina que será el Derecho Penal Ordinario el encargado de velar por la vida y de conocer de casos contra este bien jurídico.

Lozano afirma que la sentencia refleja el espíritu político del Estado, de desvalorizar el espíritu legislativo de la justicia indígena²⁶. El hecho que la sentencia reconozca la jurisdicción de la justicia indígena para únicamente conocer casos en su jurisdicción de relevancia menor, es un método legal de relegarla a conocer temas como el robo de la gallina o cualquier otra disputa de nivel local. Para Lozano, la sentencia ha roto el espíritu constitucional, la interculturalidad y diálogo entre las culturas del país; ha servido solamente para realizar folclor de la cultura indígena y sus instituciones.

6. Conclusión:

A diez años de la incorporación de la justicia indígena a la constitución del Ecuador, son muchos los aspectos que han suscitado y entablado una realidad cada vez un poco menos clara para el funcionamiento de la institución indígena en el panorama ecuatoriano.

El bloqueo formal que representa la sentencia del caso la cocha, así como la actual crisis del movimiento indígena ecuatoriano, sumada con las actuales bondades que anuncia el Estado Ecuatoriano sobre su sistema de justicia y los peligros que representan la globalización cultural, sobre todo para las nuevas generaciones que son un poco más endebles ante las bondades y falacias que anuncia, someten a la justicia indígena en un momento crítico para asegurar su continuidad como institución ancestral de justicia.

Para Antonio Salamanca, crítico de la idea de que el derecho como concepto normativo es el derecho escrito por excelencia, afirma por consiguiente que la idea del derecho como norma escrita toma fuerza sobre todo desde el siglo XVIII, con la codificación napoleónica y que la materia escrita del derecho es un hecho que ha servido al capital en su afán de entablar un sistema económico homogéneo, y que esto no es otra cosa

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 113-14-SEP-CC (caso la cocha)”, 34–35.

²⁶ Entrevista Semi-estructura con Mamá Carmen Lozano.

que un colonialismo jurídico, ya que la fuente del derecho es la práctica, la acción, porque de ahí nace el instinto normativo del hecho²⁷.

Planteados los objetivos de este artículo se logra identificar las limitaciones a la naturaleza institucional de la justicia indígena y sus prácticas, el cual es un efecto directo de la institucionalización de la misma dentro del órgano constitucional ecuatoriano. Hecho que si bien acontece primeramente como una oportunidad de brindar reconocimiento a las prácticas ancestrales de justicia de las nacionalidades y pueblos indígenas, se convierte asimismo en un mecanismo de control sobre la libertad jurisdiccional de la justicia indígena y de la comunidad que la aplica.

Concluimos que los principales límites en la práctica de la justicia indígena corresponden sobre todo a límites jurisdiccionales impuestos por la Corte Constitucional ecuatoriana, que determina la incompetencia de la justicia indígena para resolver situaciones que atenten contra la vida.

Éstas limitantes están conectadas con el discurso del Estado, según Nidia Arrobo²⁸, el cual es en un discurso folclorista sobre las instituciones indígenas y confina la aplicación de sus prácticas a un segundo plano legal.

Como punto de cierre, concluimos que la legitimación a la justicia indígena, la cual debe su ser institucional a la ausencia de normativas, puede verse expuesta a situaciones restrictivas sobre su método de ejercer justicia y sobre la aplicación de sus normativas ancestrales de resolución de conflictos en el interior de sus comunidades. Lo que abre la puerta al sistema ordinario de justicia, de establecer bloqueos basados en la legalidad de sus actuaciones. Al mismo tiempo acontece un hecho de un doble juzgamiento y desconocimiento por parte de las autoridades judiciales ordinarias de los actos comunales efectuados por las autoridades indígenas, lo que representa un socavamiento a la integridad institucional de la justicia indígena y del debido proceso.

Referencias Bibliográficas

Altmann, Philipp. *Die Indigenenbewegung in Ecuador: Diskurs und Dekolonialität*. Global studies. Bielefeld: Transcript, 2014.

Alvarez, Sonia E. *Cultures of politics - politics of culture: re-visioning Latin American social movements*. Boulder, CO [etc.]: Westview Press, 1998.

²⁷ Entrevista semi-estructurada, Profesor Antonio Salamanca, Quito, Ecuador 2016.

²⁸ Directo de la Organización Pueblo Indio de Ecuador.

- Anaya, S. James. *Indigenous peoples in international law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Büschges, Christian. «De reinos, virreinos y colonias: las relaciones centro-periferia en la monarquía hispánica y la independencia de hispanoamérica», 2008.
- Casas, Bartolomé, y José Alcina Franch. *Obra indigenista*. 1a reimposición. El libro de bolsillo. Sección clásicos. Madrid: Alianza Ed, 1992.
- Corte Constitucional del Ecuador. «Sentencia No. 113-14-SEP-CC (caso la cocha)», 30 de julio de 2014.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1. ed. Quito, Ecuador: Abya Yala: Fundación RosaLuxemburg, 2012.
- Demand, Peter, y Joachim Hubbert. *Lateinamerika auf seinem langen Weg in die Selbständigkeit: europäische Perspektiven in lateinamerikanischer Befreiungsphilosophie*. Bochum: Brockmeyer, 1994.
- Echeverría, Bolívar, y Roberto Castro. *La americanización de la modernidad*. Biblioteca Era. México (D.F.): Centro de Investigaciones sobre América del Norte, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, Ediciones Era, 2008.
- Engle, Karen. *The elusive promise of indigenous development: rights, culture, strategy*. Durham: Duke University Press, 2010.
- Ochoa García, Carlos. *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Guatemala: Cholsamaj, 2002.
- Salamanca Serrano, Antonio. *Teoría socialista del derecho*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Sánchez Parga, José. *El movimiento indígena ecuatoriano: la larga ruta de la comunidad al partido*. 2a ed. Quito: Abya-Yala, 2010.
- Stahler-Sholk, Richard, Harry E. Vanden, y Marc Becker. *Rethinking Latin American social movements: radical action from below*. Latin American perspectives in the classroom. Lanham, Boulder, New York, London: Rowman & Littlefield, 2014.
- Stavenhagen, Rodolfo, y Diego Iturralde. *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, San José: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- Tobin, Brendan. *Indigenous peoples, customary law and human rights: why living law matters*. 1st pbk ed. Routledge studies in law and sustainable development. Abingdon: Routledge, 2016.
- Vattel. *Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. [S.l.]: [s.n.], 1834.
- Valencia Rodríguez, Luis. *Ecuador: racismo, discriminación racial, xenofobia*. Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana, 2011.
- Zaldívar, Víctor Bretón Solo. «Etnicidad, desarrollo y “Buen Vivir”: Reflexiones críticas en

perspectiva histórica». *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe / European Review of Latin American and Caribbean Studies*, n.º 95 (2013): 71-95.

FUENTES EN LÍNEA

«Estados plurinacionales y Constituyente». América Latina en movimiento. Accedido 26 de septiembre de 2017. .

UNESCO. «Misión Andina del Ecuador», Accedido el 29 de octubre del 2017 s. f. (Büschges, 2008).

«Constitución del 2008 en el contexto andino Ramiro Avila». Scribd. Accedido 15 de septiembre de 2017. <https://de.scribd.com/document/145297688/Constitucion-del-2008-en-el-contexto-andino-Ramiro-Avila>.

FLACSO. «Estado de relacionamiento en Ecuador. Parte 2 | FlacsoAndes». Accedido 21 de septiembre de 2017. <http://www.flacsoandes.edu.ec/agora/estado-de-relacionamiento-en-ecuador-parte-2>.

«Hacia Sistemas Jurídicos Plurales». Scribd. Accedido 21 de septiembre de 2017. <https://de.scribd.com/doc/200685620/Hacia-Sistemas-Juridicos-Plurales>.

Raussert, Wilfried. «La justicia indígena en el Ecuador. Entrevista a Nina Pacari (Quito) | forum for inter-american research». Accedido 22 de septiembre de 2017. <http://interamerica.de/volume-7-1/bueschges/>.

ENTREVISTAS

Lang, Miriam. Catedrática de la Universidad Andina de Ecuador, Quito, Ecuador, 2016

Lozano, Carmen. Dirigente del área de la mujer de ECUARUNARI, Quito, Ecuador, 2016

Salamanca Serrano, Antonio. Catedrático del Instituto de Altos, Estudios Nacionales. Quito, Ecuador, 2016

Simbaña, Floresmilo. Dirigente de CONAIE. Quito, Ecuador, 2016

Aclaratoria y Metodología De Investigación

En el presente artículo todas las traducciones fueron elaboradas por cuenta del autor mismo. Las fuentes de ellas se encuentran siempre en una nota al pie de página con la información del autor y publicación.

Este trabajo utiliza un método cualitativo de investigación, en él se recopilan datos obtenidos durante un trabajo de campo efectuado en Ecuador a finales del año 2017 con una duración de aproximadamente tres meses y medio.

El trabajo de campo permitió sostener entrevistas con actores sociales, académicos y representantes de las organizaciones indígenas, lo cual fue un recurso esencial en la recolección de datos que aún no se encuentran documentados. La visita a la comunidad Guangaje en la región de Cotopaxi fue una oportunidad de conocer de cerca el interior de la comunidad indígena y su organización comunal.

El proceso investigativo se podría ordenar en los siguientes puntos:

- Entrevistas a docentes y particulares involucrados con la temática
- Recopilación de información en diarios ecuatorianos
- Análisis de discursos o comunicaciones oficiales del Gobierno en relación al tema
- Fuentes bibliográficas
- Experiencias personales.