

# El derecho ecuatoriano y el aporte indígena

Enrique Ayala Mora\*

El proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas de Ecuador contiene una gran voluntad de avanzar en la justicia y la democracia, pero también un serio peligro de que se aliente el fundamentalismo indígena, la parcelación del país. No debemos perder de vista que los grandes cambios se hacen con audacia pero también mediante acuerdos. Debemos apostar por un país unido, nos jugamos la vida de la Patria.

## **Necesidad del Proyecto**

Al enfrentar este tema, tenemos que comenzar constatando que el país necesita una ley que afronte la posibilidad de canalizar un derecho ya establecido en la Constitución, pero que debe ser desarrollado en términos concretos. Ya no estamos discutiendo si deben o no establecerse normas que garanticen la administración de justicia indígena, sino tratando de desarrollarlas a base de un derecho ya existente. Pero tenemos que constatar algo más. Los derechos indígenas ya se han practicado aquí desde hace mucho. Se debe dictar una ley sobre administración de justicia indígena, no solamente porque está mandado en la Constitución, sino porque reconoce una realidad que por siglos hasta hoy se ha dado entre los pueblos indígenas del país. No estamos inventando ninguna norma, no estamos dando ningún derecho a nadie. Al discutir esta ley, estamos simplemente reconociendo que existe, poniéndole límites, dándole más garantías para que funcione y tratando de que sea compatible con el sistema jurídico ecuatoriano.

Cuando discutimos este tema concreto, más allá del discurso y de la retórica, es cuando afrontamos de verdad el problema de la diversidad de nuestro país. Por eso se debe dar un debate necesario sobre este proyecto. Esta ley, las disposiciones constitucionales y las otras que se emitan sobre temas conexos no pueden ser elementos unilaterales o accesorios, sino que deben ser elementos angulares del cambio de la sociedad ecuatoriana. Al hablar de este tema lo hacemos genuinamente convencidos de que se trata de apuntalar un país unido, un país estructurado en el marco de la diversidad y la interculturalidad. Me sumo a las observaciones que hizo Catherine Walsh al respecto. Por ello, comienzo estableciendo que en algunos aspectos coincido con el proyecto preparado por el equipo dirigido por Julio César Trujillo en esta misma Universidad, pero en otros discrepo con él. Y me parece que tanto mis coincidencias como mis discrepancias son de fondo, son importantes y merecen ser debatidas con responsabilidad para con el país. Aquí, lo advierto categóricamente, voy a enfatizar en las diferencias, puesto que hemos sido convocados a un debate.

Creo que debemos partir de un punto de vista en el que todos hemos coincidido: hacer el esfuerzo de reconocer o de viabilizar en la práctica el desarrollo de la justicia indígena en el país no es un añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución Ecuatoriana, quitándole la naturaleza de Religión de Estado a la Religión Católica y se estableció el Laicismo no se hizo solo un cambio adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatorianas. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no de la religiosa y de conciencia, sino la diversidad étnica y también la diversidad regional. Eso supone repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen, pueden también dispersarse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro, con garantías de supervivencia como proyecto nacional.

### **El pluralismo jurídico**

Los autores del Proyecto que se discute aquí y varios de quienes lo respaldan, sostienen que en la práctica histórica de nuestro país, reconocida recién en la última Asamblea Constituyente, se ha dado el pluralismo jurídico. Dicen, al mismo tiempo, que ese pluralismo jurídico se da como un elemento de la pluriculturalidad reconocida del Ecuador y que implica que en nuestro país coexisten dos sistemas u órdenes jurídicos, el dominante o estatal, y el indígena, ambos de igual jerarquía, puesto que ninguno puede pensarse como superior al otro. Con esta idea como base estructuran algunas disposiciones del proyecto.

Quisiera clarificar algunos conceptos. Estamos enteramente de acuerdo que la Constitución y la realidad del país establecen en el Ecuador el pluralismo jurídico. Es evidente que las formas de concebir el derecho y de practicarlo no solamente entre blancomestizos e indios, es distinta. También está claro que ese pluralismo tiene que ser desarrollado. Ya ha sido reconocido en la Constitución. Pero, lo digo categóricamente, ese reconocimiento debe darse dentro de un solo orden jurídico. Quiero insistir en este punto, porque en el Ecuador el orden jurídico está sustentado en la existencia de una ciudadanía única y, aunque esto pueda parecer contradictorio o no suficiente, solo el desarrollo de una ciudadanía única, vigorosa, va a permitir la ampliación de la democracia real en el Ecuador.

La ciudadanía supone igualdad, desaparición de fueros, desaparición de barreras que discriminan. Solo así podemos avanzar en el país. Si nosotros comenzamos a pensar que es posible limitar la idea de ciudadanía en el Ecuador, que no es uniforme pero si única, entonces comenzaremos a reblandecer otro elemento que a todos los presentes nos preocupa, es el futuro de la democracia ecuatoriana. El Ecuador no es solo un bis a bis de indios y mestizos y negros. El Ecuador es un espacio común de ciudadanos y ciudadanas, en donde hay otras desigualdades que son tremendas, horribles, terribles, como la pobreza, la exclusión, el discrimen de las mujeres, la

salida del país de los migrantes. Todo eso nos debe ocupar el momento que tratamos de formular normas para el futuro.

Si se pregunta si pueden haber varios sistemas jurídicos en el país, mi respuesta es que no. Pueden haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas hayan, cuantos pueblos existan, incluso cuantas diferenciaciones regionales puedan darse. Pero si por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas establecidas en la Constitución y en las leyes fundamentales del país, que nos implican a todos los ciudadanos, entonces solo hay un sistema jurídico en el Ecuador y no puede haber sino uno solo. Ese sistema jurídico tiene que reconocer las diversidades, pero no por eso deja de ser único, ni por eso deja de ser aplicable a todos los ecuatorianos. Porque si no hubiera un solo sistema jurídico en el país o un solo orden jurídico, para ser más exactos, entonces no seríamos iguales ante la ley.

El Convenio 169 de la OIT, que es ley de la República, nos da una pista cuando en el artículo octavo, numeral 2, dice: "dichos pueblos -se refiere a los pueblos indígenas- deberán tener el derecho de conservar sus costumbres y sus instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Es decir, la propia legislación que está argumentándose a favor de los derechos indígenas, los concibe dentro de un sistema jurídico nacional único.

Esta es una discusión de principio que tuvimos con Nina Pacari en la Asamblea Constituyente y posiblemente la tendremos también esta noche. El hecho es que la Constitución ecuatoriana no reconoce dos sistemas jurídicos. En el artículo pertinente [191] se declara el principio fundamental de la unidad jurisdiccional, dentro del que se establecen los jueces de paz, la mediación, etc. y también reconoce los derechos indígenas. Allí se establece que las autoridades indígenas tendrán competencia para conocer problemas internos, aplicando sus propios procedimientos, aplicando el derecho consuetudinario. Es decir, no podemos llegar a considerar que hay dos sistemas jurídicos en el país, como si existiesen dos formas paralelas y de igual jerarquía de concebir la ley y de aplicarla. Menos aún pueden haber en el país dos jerarquías de normas que se cumplen para unos y para otros de acuerdo a la ubicación territorial, a la adscripción étnica de la persona.

Si se postulan dos sistemas jurídicos en el país, también puede preguntarse por qué no hay dos funciones legislativas. ¿Por qué no decimos que el Congreso Nacional no tiene competencia para legislar sobre los indígenas, que son las comunidades las que legislan para sus asuntos y el Congreso no puede emitir leyes obligatorias para todos los ciudadanos? Llevando esta lógica del sistema jurídico paralelo no solamente a la aplicación sino a la creación de la ley, llegaremos a que el Congreso es blancomestizo y la ley solo se aplica para los blancomestizos ecuatorianos. Pero no es así. Tenemos un Estado en el cual el Congreso expresa el conjunto de la ciudadanía ecuatoriana y esperamos que así sea en el futuro en términos más amplios de lo que es ahora. Por eso defendemos la tesis que, desde mi punto de vista, garantiza la diversidad pero al mismo tiempo precautela la unidad y la igualdad. En un país pluricultural como el nuestro se considera a todas sus culturas iguales. Eso es absolutamente claro. Pero de ello no se desprende que cada cultura

deba tener su propio orden jurídico. La interculturalidad puede traer consigo el pluralismo jurídico, pero éste no significa que a cada cultura corresponda un sistema jurídico paralelo y de igual jerarquía que el estatal.

En Ecuador no puede haber lo que he oído llamar "interculturalidad jurídica", porque la interculturalidad es un fenómeno de la cultura y lo jurídico es la dimensión normativa. Si se quiere, en el país debemos encontrar formas para armonizar las normas del derecho indígena y del derecho común ecuatoriano, establecer lo que se puede llamar "interjuridicidad", es decir, cómo normas jurídicas de distinta vertiente, de distinta concepción cultural pueden insertarse en un solo sistema, para que los ecuatorianos sepamos que estamos regidos por un sistema en el cual todos tenemos garantías iguales. Y eso debe darse dentro de la unidad y el orden jurídico, dentro de la ciudadanía que es la igualdad ante la ley.

El texto del proyecto dice: "estarán sujetos a las autoridades indígenas los litigios que en cualquier materia se suscitaren entre indígenas. Los litigios en los que sean parte los indígenas y no indígenas estarán sujetos a los órganos de la Función Judicial o a la autoridad indígena de acuerdo con las prescripciones de esta ley" (art. 7) Si a esto se añade aquello que en el estudio publicado junto al proyecto, se admite con mucha claridad: que entre los indígenas no hay división de funciones o poderes, ni tampoco hay distinción de instancias jurídicas, encontramos una realidad que no podemos menos que objetar. Si se admitiera lo dicho, resultaría que en el Ecuador existe un conjunto de ciudadanos que viven en una sociedad sin diferenciación de poderes y, lo que es más, sin derecho a que sus conflictos puedan ser considerados por instancias superiores que garanticen la posibilidad de revisar un error o injusticia.

### **Etnocentrismo vs. interculturalidad**

La discusión sobre la administración de justicia indígena está inserta en el debate global sobre la cuestión indígena del país y de América Latina. Y ese debate se da a partir de las tendencias reales que se dan en nuestras sociedades. Reconozcamos dos hechos en primer lugar. Primero, toda la historia del Ecuador se ha asentado sobre la exclusión de los indígenas, la explotación socioeconómica de los pobres y el racismo, entre otras cosas. Segundo, en las pasadas cinco décadas, especialmente en las dos últimas, se ha dado un gran desarrollo de la conciencia indígena y una demanda por el reconocimiento de sus derechos. En la lucha por ese reconocimiento se ha dado un gran desarrollo de planteamientos reivindicativos dentro de las organizaciones de los pueblos indígenas. Pero en el pensamiento y las posturas reivindicativas se han ido diferenciando dos tendencias: una de corte etnocentrista y otra de actitud intercultural.

Desde grupos de dirigencia asentados en varias organizaciones indígenas y desde sectores mestizos que están vinculados al movimiento indígena, se ha desarrollado una postura claramente etnocentrista. Se ve al país, toda la realidad, a partir de lo indio y de la consigna de acentuar las diferencias entre ecuatorianos. Se trata de una tendencia a la exclusión de los indígenas. Muchos, la mayoría quizá con indudable buena voluntad, han llegado a pensar que defender los derechos

de los indios, es satanizar lo blanco o lo mestizo, establecer un sistema de aislamiento que, aunque se lo niegue sistemáticamente, en realidad trata de fundar un estado indio o varios estados indios dentro del estado ecuatoriano. La caída del paradigma de la "vanguardia obrera" ha llevado a algunos a buscar la "vanguardia indígena" en la lucha social. Ante la crisis se ha ido desarrollando un fundamentalismo indígena, que muchas veces está oculto en posiciones de apariencia moderada, pero que pretenden, por ejemplo, la división de buena parte del territorio nacional en territorios indígenas.

Claro que el etnocentrismo no es original de los indígenas, que más bien son culturalmente abiertos, sino producto de siglos de dominación. No cabe duda de que el etnocentrismo de la sociedad ecuatoriana es dominante, es perverso. Pero eso no quiere decir que entre indígenas no haya posturas etnocentristas. Las hay y bastantes. Felizmente entre los indígenas -justo es reconocerlo- hay más tendencia a aceptarlo como un problema, que entre la sociedad blanco mestiza, donde es absolutamente incensurable. Con un discurso profundamente racista, incluso se pretende negar las prácticas racistas prevalecientes. Pero el hecho de que en la sociedad dominante haya más racismo no quiere decir que las posturas etnocentrista entre los indígenas y su entorno no deban ser vigorosamente combatidas.

Entre los pueblos indígenas del Ecuador hay también una postura intercultural. Aunque esta tendencia tiene raíces muy profundas en nuestro pasado, es un poco menos definida en nuestros días. Ha sido más difícil de desarrollar, más compleja para concretarse, porque las propuestas de interculturalidad, como sabemos, deben ser construidas como una realidad intencional. Felizmente hay buenos ejemplos en el Ecuador de que estamos caminando por esta senda de la interculturalidad. Los mejores ejemplos quizá los están dando las autoridades indígenas en los cantones, que tienen que manejar cotidianamente la realidad del país. La relación intercultural ha comenzado a surgir como alternativa del discurso político unilateral de algunas organizaciones, sobre todo desde el espacio local. Allí hay un paso muy importante y ese paso el movimiento indígena lo está dando en el camino correcto. Personalmente estoy convencido de que esa es una única ruta positiva en el Ecuador.

### **Derecho indígena y derecho ecuatoriano**

Lo dicho debería tener consecuencias en el tema que ahora nos ocupa. Debemos, por un lado, reconocer las normas y prácticas que los indígenas han desarrollado en la administración de la justicia. Por otra parte, debemos tratar de armonizarlas con las normas del derecho ecuatoriano y universal. Ahora bien, armonizar disposiciones no es sobreponerlas. Si se trata de armonizar las disposiciones de la Constitución y las leyes ecuatorianas con las normas y prácticas que ya existen en la sociedad indígena ecuatoriana, el asunto no es poner una sobre otras ni unas delante de otras, sino articularlas de manera tal que no se produzcan conflictos o que no se perjudique a la justicia.

Este es el gran esfuerzo que tenemos que hacer dentro del marco de la interculturalidad. No debemos postular que en el Ecuador se consolide una justicia para blancomestizos y otra para indígenas. El ideal no es un derecho para blancos y un derecho para indios. En la Colonia, el régimen de discriminación estableció una "República de blancos" y una "República de indios", con legislaciones separadas para cada quien. Si ahora queremos vivir en una república democrática y moderna no debemos intentar retroceder en la historia, volver al pasado colonial. No podemos pensar en el futuro del Ecuador con un disfraz corporativo. Por desgracia, tenemos que admitir que detrás de ciertos postulados que pretenden reivindicar los derechos indígenas, hay una visión corporativa del Estado Nacional. Esta visión corporativa no es un avance, es una regresión para los pueblos indígenas y para el país como unidad. Me parece que una de las grandes limitaciones del proyecto que discutimos es que parte de una visión corporativa de la presencia de las nacionalidades o pueblos indígenas en el Ecuador.

Una de las grandes luchas de la democracia ha sido la lucha contra la existencia de los fueros corporativos. Esta lucha contra la existencia de los fueros corporativos ha ocupado a la humanidad durante más de diez siglos. En el Ecuador, la supresión del fuero eclesiástico, la limitación del fuero parlamentario y del militar que ahora recoge nuestro sistema jurídico, es un avance importante al que no debemos renunciar. Para hacer efectivos los derechos indígenas o afroecuatorianos no se puede establecer otro sistema de fueros -o como quiera llamárselo- como un avance jurídico. Eso no está bien.

Hay que mantener la democracia al margen de visiones corporativas. Por ello me he opuesto a que el Congreso u otras instituciones, que deben ser expresión de la participación democrática, se integran con representaciones corporativas, aunque éstas fueran indígenas. La universalidad de la ciudadanía está en contra de la elección corporativa, que niega el principio de la universalidad. Felizmente, la realidad de nuestro país en los años recientes ha negado en la práctica esas pretensiones. Diputados, alcaldes, consejeros, concejales y miembros de las juntas parroquiales indígenas han sido electos en votación universal. Y todos ellos representan en el ejercicio de sus funciones a la ciudadanía y no a grupos específicos. Pongamos dos ejemplos. La diputada nacional Niña Pacari Vega es la representante de un amplio conjunto de ecuatorianos y ecuatorianas que se sintieron representados por ella. El Alcalde Otavalo Mario Conejo es el alcalde de todos los otavaleños y no solo de los indios de ese cantón. El que personas como ellos fueran electos por el conjunto de los votantes demuestra que los indígenas como ciudadanos y ciudadanas pueden superar la marginación y que pueden representar a toda nuestra sociedad diversa.

Pensemos entonces, que al poner en práctica la garantía constitucional que reconoce la existencia de la administración de justicia indígena para asuntos internos, se atiende a una parte de la cuestión solamente. La otra parte, necesaria, indispensable diría yo, es que todo el Derecho Ecuatoriano debe recoger nuestra realidad diversa, nuestro proyecto intercultural como país. Debe haber un derecho ecuatoriano que reconozca atribuciones específicas y diferencias, pero que también incorpore para observancia de todos, los elementos de la cultura indígena. No podemos dejar al derecho ecuatoriano como imitación del francés o del alemán, sin reconocer la naturaleza de nuestra sociedad. El Derecho común de todos los ecuatorianos debe reconocer las especificidades de las comunidades indígenas, pero debe también recoger en sus principios y

disposiciones aquellos elementos culturales de raíz indígena que nos son comunes. Si las instituciones del Ecuador no son capaces de incorporar la diversidad de culturas y prácticas jurídicas, entonces no son ecuatorianas, estamos fracasando como país.

Pongamos un ejemplo que ya estamos viviendo. En este país debe haber y hay un sistema de educación indígena específico. Todos hemos podido coincidir en que la creación de la "Educación Intercultural Bilingüe" fue un gran avance. Nuestro compromiso como país es robustecerlo y financiarlo adecuadamente. Pero para que haya verdadera interculturalidad debemos reconocer y evitar dos peligros. Primero, que se considere que la educación indígena, aunque se llame intercultural, en realidad se constituya en un sistema aislado, que robustezca el etnocentrismo, considerando que es mejor mientras menos tiene que ver con el conjunto de la educación nacional. Segundo, el peligro más grave; que se crea que con tener educación indígena hayamos saldado nuestra deuda intercultural con el Ecuador. La verdad es que todo el sistema nacional de educación ecuatoriano tiene que ser intercultural, tiene que reflejar y cultivar la diversidad. Y en esto hemos hecho poco, por no decir nada. En el marco de las reformas educativas, debe enseñarse cultura indígena a todos los ecuatorianos, enseñarse raíces quichuas o raíces de otros idiomas indígenas a todos los ecuatorianos. Si no hacemos un sistema educativo general para la mayoría de la población ecuatoriana que sea intercultural, lo que estamos manteniendo una educación de segunda categoría, aislada para los indios, pero ni siquiera intentamos cambiar el país.

Lo mismo que planteamos sobre la educación podemos sostener sobre la justicia. Reconocer la competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia es una parte del problema. La otra parte es hacer que nuestro sistema jurídico responda a una realidad intercultural. Esto quiere decir que al mismo tiempo que establecemos garantías para que se legalice la práctica de administración de justicia que tienen las comunidades, debemos pensar que en el sistema jurídico común ecuatoriano deben desarrollarse los aportes indígenas. Al mismo tiempo debe haber indios con el aporte de sus culturas, pero con solvencia jurídica en todos los niveles, hasta los más elevados de la Función Judicial. Lo mismo debería suceder en otros ámbitos del sector público, como en el servicio exterior, por ejemplo, donde hay un desbalance étnico y regional escandaloso. Pensar que la solución al discrimen es plantearse un procedimiento excluyente, sin lazos de relación entre ecuatorianos es un peligro.

### **Territorialidad y jurisdicciones**

Habiendo expresado algunos puntos generales, quisiera hacer varias observaciones más específicas sobre el proyecto que nos ocupa. Una vez más advierto que voy a enfatizar mis diferencias, sin mencionar en mis coincidencias, ya que éstas no están, a mi juicio, en discusión. Ayer Nina Pacari decía algo que debemos rescatar en la búsqueda de la solución de todo el problema que estoy planteando. Decía que no se debe partir de posturas principistas para, a partir de ahí, tratar de formular soluciones. Al decir que hay un solo sistema jurídico y solamente reconocemos ciertas competencias para las autoridades indígenas o, por el contrario, al afirmar

que hay dos sistemas jurídicos en el país y solo el Tribunal Constitucional, como lo afirma Julio César Trujillo, sería competente para conocer las diferencias, estamos en dos polos del debate. Pero podemos ponernos en el espacio de la realidad y establecer desde allí los posibles contenidos concretos de la Ley que discutimos. En la práctica las competencias pueden distribuirse desde las prácticas que ya existen y funcionan. Como Miguel Lluco planteaba, tratemos de partir desde lo concreto.

En la tarea de distribuir las competencias no vamos a encontrarnos con el principismo global, sino con problemas concretos que son, además, los de la vida cotidiana de las organizaciones indígenas. ¿Cómo se establece, pues, la jurisdicción y la competencia? El proyecto, a mi juicio, de manera muy correcta plantea dos formas: la primera, la de pertenencia. Si una persona es indígena - y creo que la definición del Proyecto es bastante confusa- el hecho de serlo hace que esté sujeto a la competencia de las autoridades indígenas en términos de su vinculación a la comunidad. Si una persona es comunero está sujeto a la normatividad de la comuna y eso parecería clarísimo, pero la pregunta es y cómo ejerce la comuna, desde el punto de vista de pertenencia, su jurisdicción cuando la persona está fuera.

Ahora bien, la pertenencia es siempre una aceptación voluntaria, a menos que se viva en la comunidad; porque cuando se vive en la comunidad ya no es un problema voluntario. Si es comunero de Tocagón y allí están las normas de Tocagón. Aquí hay un asunto claro que el proyecto desarrolla adecuadamente. Pero cuando un indígena sigue siéndolo -y hay generaciones de indígenas que les ha sucedido eso- pero va a vivir a una ciudad o a otro lugar en donde no hay una comunidad organizada, el problema es qué pasa con estos indígenas.

El Proyecto plantea para ello dos salidas que tienen que ver con la jurisdicción sobre el territorio, es decir, adicionalmente a la pertenencia plantea que las autoridades indígenas ejercerán su jurisdicción en un territorio. Sin embargo ni la Constitución, ni la ley, ni esta ley en particular, ni ningún proyecto de ley que yo conozca, establecen "territorios indígenas" en el país. No hay en el Ecuador la figura jurídica del territorio indígena. La adjudica el territorio solamente a la soberanía del Estado Nacional. Eso implica que, en la práctica, aunque este proyecto fuera aprobado, sería imposible que se ejerza esa jurisdicción de base territorial, puesto que no existe esa base territorial definida.

Aunque pareciera obvio que allí donde hay mayoría de población indígena existe un territorio indígena, eso no implica un ámbito claro de la jurisdicción. El territorio nacional se divide en provincias, cantones y parroquias. Allí viven los indígenas. La Constitución vigente estableció para la división territorial las circunscripciones territoriales indígenas, que como elementos de la división política equivaldrían a los cantones. Aunque esto no está desarrollado, se argumentó en la Asamblea que debían crearse esas jurisdicciones en aquellos lugares en donde el cantón, entendido como la unidad política, no funciona, sino que se requiere una forma de organización territorial que está dedicada exclusivamente a los pueblos indígenas.

Siempre siguiendo el contexto de la discusión constitucional, deberían crearse esas jurisdicciones en aquellos lugares en donde solo viven indígenas que, para preservar su cultura, sus derechos,

sus modos de vida, su medio ambiente, requieren de una organización político-estatal específica. Se mencionó entonces el caso de varios pueblos indígenas amazónicos o pueblos afroecuatorianos asentados en espacios rurales. Personalmente creo que el establecimiento de estas jurisdicciones debería ser una opción excepcional, para el caso de comunidades, pueblos indígenas o negros que viven una vida mas bien separada, fuertemente diferenciada. Pero la mayoría de los indígenas y negros ecuatorianos viven en espacios territoriales, rurales y urbanos, marcados por la diversidad. Son espacios multiétnicos. No creo que a nadie se le vaya a ocurrir plantear que los cantones Otavalo, Cotacachi o Colta, por ejemplo, puedan pasar a ser circunscripciones territoriales indígenas. Esos lugares paradigmáticos de población mayoritaria indígena, son históricamente multiétnicos, con una presencia importante blancomestiza que, por lo demás es reconocida y defendida por los propios indígenas. Allí no sería posible crear tales jurisdicciones porque mas bien están en la línea de robustecer municipios basados en la interculturalidad.

Las jurisdicciones territoriales indígenas deben crearse - ojalá pronto - en sitios donde son necesarias, pero la mayoría de los indios del país seguirán viviendo en los límites de la convencional división política del país. Es verdad que hay quienes piensan que se debe desarrollar esas jurisdicciones a partir del reconocimiento o invención de "pueblos" indígenas en la Sierra, como se lo hizo por vía administrativa en un desafortunado reglamento del CODEMPE, pero creo que es un error establecer ámbitos territoriales de exclusión indígena. La política de "reservaciones" a la norteamericana es una política incorrecta, aunque a algunos dirigentes indígenas parece que les encanta la idea. El único territorio indígena, o lo más parecido a él, que ahora existe, es el Huaorani, que si bien puede pensarse como ejemplo, también debe considerarse como excepción.

De acuerdo con nuestra legislación, las comunas tienen tierras, pero éstas son una proporción mínima de la superficie en los sitios de población indígena, aún ampliamente mayoritaria. Las tierras indígenas en su mayor proporción están en manos privadas, son de propiedad particular y sujetas a la legislación común vigente en el país. Pero aún cuando las tierras comunales y privadas indígenas, sin base legal, se podrían considerar como territorios indígenas, todavía la mayoría de los espacios donde viven los indios no serían considerados tales. Las haciendas, las pequeñas y medianas propiedades de titulares blancomestizos, las tierras públicas, estatales y municipales no podrían formar parte de "territorios indígenas" para efectos de que sus autoridades ejerzan la jurisdicción. Si no hay un concepto claro de territorio - y el proyecto habla todo el tiempo de territorio - ¿a qué estamos refiriéndonos? Si no se ha definido la territorialidad y no es posible definirla de acuerdo a nuestras normas constitucionales, porque territorio solo tiene el Estado como espacio de su soberanía ¿cómo vamos a plantear el problema de la jurisdicción territorial? Una cosa es que hayan tierras en propiedad de comunas y en propiedad de indígenas privados y otra cosa es que eso pueda considerarse territorio. Ese salto no lo da nuestra Constitución ni ninguna ley y, que yo sepa, no hay visos de que así suceda. Pero, digámoslo categóricamente, éste es un problema serio para los pueblos indígenas en todo el mundo. La territorialidad es una cuestión fundamental que hay que desarrollarla. Este es un asunto que debemos seguir debatiendo.

El segundo problema planteado frente a la administración de justicia indígena es lo que sucede con los que están fuera del territorio. ¿Cómo se juzga a indígenas que viven en las ciudades o negros que han migrado al Guasmo o a la ciudad de Ibarra? Allí también hay una cuestión que complica enormemente la situación. Para este segundo caso, podría respetarse el principio que consta en el Proyecto, que el que juzga tiene que considerar la situación cultural del juzgado. Para administrar justicia, tiene que ubicarse en la realidad de la persona que juzga. Pero en este caso las autoridades indígenas de las comunas ya no tendrían jurisdicción, sino los jueces comunes.

Debe, por lo tanto, definirse las competencias en la ley. No se puede establecer en genérico, como parece que establece el proyecto, que todo conflicto entre indígenas es cuestión de las autoridades indígenas y ahí termina todo, porque ellos tienen su propio sistema jurídico. Hay que decir en qué niveles y circunstancias se aplican las normas. Es verdad que una vez que las autoridades indígenas tienen competencia, no puede decirles el Estado como administrar justicia sino dentro del marco de la Constitución, porque allí se aplican sus normas propias. Pero habría que determinar qué tipo de casos pueden conocer las autoridades indígenas, no todos los que ellas consideren como "asuntos internos". Por ejemplo, en los propios artículos de la Constitución se establece la existencia de los jueces de paz. A mí me parece clarísimo que hay que definir que las mismas competencias que van a tener los jueces de paz, tengan las autoridades de las comunas indígenas. Desde luego, hay que encontrar otros ámbitos de competencias que deberían plantearse para las autoridades comunales. Pero, a mi juicio, la competencia no puede ser ilimitada.

Pero hay aspectos que deben ser considerados con cuidado. En caso de asesinato, por ejemplo, no estaría tan seguro que la decisión tomada por la comunidad no podría ser revisada y que las autoridades del estado deberían limitarse a hacer cumplir la sentencia. Hay que encontrar una instancia, quizá mixta, entre autoridades comunales y jueces penales, que pudieran revisar esos casos. Tradicionalmente, el único espacio de administración de justicia indígena es la comuna, el centro en el caso de los Shuar. Las organizaciones de segundo y tercer grado no tienen práctica ni competencia para ejercer funciones jurisdiccionales. Una federación de comunas o una confederación nacional no es, según la propia práctica indígena, un ente de administración de justicia. Desde luego, esas organizaciones y sus autoridades pueden resolver conflictos intercomunitarios. Sí hay problemas entre dos comunas, la federación podrá ser competente, pero actuar como segunda instancia donde no existe - la propia investigación realizada por los autores del proyecto, dice que no existen instancias - no me parece que podamos inventarlo ahora. Tratar de que el Consejo de Gobierno de la CONAIE o la Directiva Nacional de la FENOCIN suplanten a las cortes superiores o a la Corte Suprema en casos de apelación sería llevar el fundamentalismo indígena a un extremo.

Uno de los problemas fundamentales del mundo es la vigencia del debido proceso que implica un derecho de apelación en algunos casos. Si ese derecho de apelación no está garantizado claramente, si no está explicitado con toda transparencia en la legislación, estaríamos violando una garantía. Todo ecuatoriano o ecuatoriana tendría siempre derecho de apelar a una autoridad superior para que juzgue algo que considera que en la instancia inferior no fue agotado. Eso no

quiere decir que las autoridades indígenas sean inferiores, pero debe hallarse una instancia, a lo mejor constituido en forma mixta como ya lo sugerí, que garantice una revisión en la administración de la justicia en ciertos casos graves. Quiero decir que el problema de la apelación tiene que resolverse en el Proyecto, porque es un derecho fundamental, que un caso pueda ser revisado en la instancia respectiva. Es un derecho de todos los ciudadanos.

Esta mañana me decía un estudiante algo que les podría preocupar a ustedes. Que yo estoy diciendo que como los indígenas no están capacitados para juzgar delitos mayores como el asesinato, entonces se les da solamente competencia sobre faltas leves y los más importantes les mandamos a las autoridades del Estado. Eso es un problema de niveles de competencia y jurisdicción. Tampoco encargaría juzgar un delito grave a un teniente político o a un comisario, a un general o a un obispo. Para eso están los tribunales especializados. No es un problema racial ni étnico. Es cuestión de establecer la garantía de que la justicia se cumpla de la mejor manera posible, sobre todo si están implicadas personas que no pertenecen a la comunidad y las cuales por haber cometido un delito, una infracción, una falta dentro de la comunidad, pueden y deben ser juzgados con independencia. Estoy planteando aquí una división razonable de competencias, que me parece fundamental en el debido proceso

Luego viene otro problema: el caso de los no indígenas - con todo lo odioso que resulta este nombre - que se deben someter a la jurisdicción de las autoridades indígenas. El Proyecto prevé algunos casos. Si un mestizo o negro vive en una comunidad indígena debe sujetarse a sus normas. Esto es clarísimo. Si un mestizo esta inserto en una comunidad ya sea por matrimonio, porque tiene una tienda, porque aconteció que compró un terreno, porque siendo indígena se ha "blanqueado" en el proceso y ahora ya se considera blancomestizo, es evidente que tiene que obedecer las normas de la comuna. Sin embargo, una cosa es acatar las normas de funcionamiento de la comuna y otra cosa es que este blancomestizo, negro o de otra identidad étnica quede del todo sujeto a la jurisdicción de las autoridades de la comuna para cualquier caso jurídico que se plantee, como dice el Proyecto. Eso es algo que debe corregirse, porque si no vamos a violar sistemáticamente los derechos de los ecuatorianos, simplemente por el lugar del territorio en donde viven. A ninguna persona se le puede negar derechos fundamentales que le da la Constitución, con el pretexto de aplicar derechos de otros.

Quisiera que observemos el proyecto cuando dice: "las infracciones cometidas por un no indígena en el territorio de una colectividad, pueblo o nacionalidad indígena serán juzgados por la autoridad indígena y el responsable será remitido por el representante de la respectiva colectividad al Juez de la Función Judicial del Estado, para que le imponga la sanción que corresponda según la ley a la infracción de que se le haya declarado culpable, excepto las indemnizaciones patrimoniales que serán las fijadas por la autoridad indígena, para cuyo cobro los interesados podrán hacer uso de las medidas de apremio previstas en el derecho estatal y al efecto los alguaciles y depositarios cumplirán la orden de la autoridad indígena." (art. 13, numeral 1).

En esta disposición encontramos varias dificultades. La primera es que no existiendo territorios indígenas, o no estando clara su naturaleza no es posible determinar si un no indígena está en territorio indígena. Segunda, cuando el no indígena es juzgado por indígenas, se supone que se aplicarán las normas del derecho indígena, pero en cambio, son las autoridades competentes las que deben imponer la sanción, que está tipificada en la legislación de la república. Tercera, el establecimiento de las indemnizaciones en forma unilateral provocaría, no la solución sino la agudización de los conflictos. Me parece que todo ello no es armonizar los procedimientos, sino caotizarlos.

Luego viene el caso, por ejemplo, de las faltas que no están sancionadas en la ley estatal y que pudieran cometer no indígenas que viven en territorios indígenas, que, de nuevo, es imposible definir. El Proyecto dice: "Las faltas que no estuvieren contempladas en las leyes del Estado, que fueren cometidas por los no indígenas en perjuicio de indígenas, en territorio de éstos, se resolverá de conformidad con las siguientes reglas: 1. El no indígena que tuviera su domicilio, residencia, negocio, industria en el territorio de la comunidad indígena será juzgado por la autoridad indígena de acuerdo, en todo, con el derecho indígena. 2. El accionado podrá usar su idioma materno en su defensa". Se desprende de ello que el juicio sería en el idioma indígena, aunque el acusado no lo entienda. Su derecho se limita a que él puede hablar su lengua.

Esto es grave. Primero porque se vuelve a hablar de "territorio" para definir el ámbito de la competencia. Segundo, porque es una garantía fundamental que si no está tipificada una falta, contravención o delito, no puede sancionarse. Podría decirse que la costumbre también es una forma de tipificación, pero la existencia de la sanción demanda extrema claridad en estos casos para no cometer abusos. Esta es una garantía básica. Tercero, si la Constitución garantiza a los indígenas que, si así lo demandan, puedan ser juzgados en su propia lengua y usar su propia lengua para defenderse ante los jueces, estamos ahora poniendo a quien no es indígena en una situación adversa, porque solo se le hace la concesión de que pueda defenderse en su idioma, aunque los jueces hablen uno que no conocen. Parece extraño que cuando nos empeñamos por garantizar a los indígenas, históricamente discriminados, el derecho a ser juzgados en su idioma, se lo niegue a quien no es indígena.

Dice el Proyecto: "Si el no indígena no acatara o no cumpliera la resolución de la autoridad indígena será expulsado de ella y sus tierras pasarán al dominio de la respectiva colectividad, salvo los muebles, semovientes y más bienes que puedan ser separados de la tierra. El valor de la tierra, edificaciones y los cultivos permanentes o semipermanentes, una vez fijado el precio por un perito, será pagado por la colectividad para entrar a ocupar las tierras". Esto se llama confiscación en cualquier lugar del mundo. Puede ser que sea parte del derecho indígena, pero esto atenta contra las garantías fundamentales de la sociedad ecuatoriana y no se podrá elevarlo al nivel de norma sin atropellar las garantías generales que tenemos los ciudadanos.

Para los problemas que se plantean en los conflictos fuera de la colectividad, hay dos alternativas en el proyecto: Los tribunales mixtos -que me parece que son un problema muy serio- o la alternativa de un procedimiento que está establecido en el artículo 5 del Proyecto, en el cual le

dan garantías al indígena para defenderse en su idioma materno, exigir que el tribunal tenga peritos que le entiendan en su idioma materno y toda una serie de normas que establecen cómo se ha de considerar la situación cultural y étnica de la persona para emitir la sentencia; lo cual me parece absolutamente correcto.

Quisiera hacer una observación sobre la validez y vigencia de los reglamentos internos y actas escritas. Dice el artículo 9: "Los reglamentos que las colectividades indígenas hayan adoptado para recoger su derecho no necesitan ser aprobadas ni registrados por ninguna autoridad ni archivo estatales para su validez. La autoridad indígena, con o sin intervención de los interesados, podrá dejar constancia de sus resoluciones en actas escritas para que sirvan de precedente con el valor que éste tenga en su Derecho consuetudinario."

De la redacción citada podría deducirse que ecuatorianos indígenas, o aún el resto de nosotros, pueden quedar sujetos a normas que no conocen o no conocemos. Si a esto añadimos el hecho de que la autoridad indígena podrá dejar constancia de sus resoluciones, sin la intervención de los interesados, esto también viola una garantía fundamental.

Desde luego, quienes viven en comunidad conocen las normas que en ella rigen y en este caso, es perfectamente aceptable la idea de que puedan establecerse reglamentos internos. Pero estos no pueden ser aplicables sobretodo en casos penales a personas que ni forman parte de la comunidad ni conocen las normas, consuetudinarias o escritas con las que van a ser juzgados.

### **Algunas sugerencias**

Al concluir, querría contribuir al necesario esfuerzo de ajuste al Proyecto. Lo hago en términos positivos, aspirando que pronto sea Ley de la República. Para ello creo que habría que trabajar fundamentalmente en algunos puntos que me permito enunciar, aunque brevemente.

Primero, hay que perfeccionar la propuesta presentada limitando las competencias y estableciendo con claridad los casos, de manera en que pueda viabilizarse la aplicación de la justicia indígena. Desde luego que, para ello, aceptamos el principio desarrollado en este proyecto de que las autoridades indígenas una vez que tienen competencia, juzgan conforme de sus prácticas, costumbres, etc. La Ley no puede decir como se aplica el derecho indígena, no puede reglamentarlo. Debe solo garantizarlo. Eso no está en discusión. Lo que, a mi juicio, se limita aquí es efectivamente el ámbito, que no puede ser cualquier caso, sino solo aquellos que la propia ley determina.

Segundo, pensemos en la necesidad de que todo el gran acervo de experiencia que tienen los pueblos indígenas pueda ser conservado. Para ello la propia Ley y otras normas deben tender a que se registren tanto las reglas como las prácticas del derecho consuetudinario. Esto supone que vayan desarrollándose normas escritas. Felizmente en los pueblos indígenas ecuatorianos ha aumentado el alfabetismo y hay un rescate, aunque sea conservador o modesto, de las propias lenguas indígenas. Sería ideal que, en muchos casos, las normas puedan escribirse, porque eso es

una garantía para todos. La costumbre también puede recogerse por escrito. El propio Julio César Trujillo, en algún otro de sus trabajos, sostiene que entre los indígenas no solamente hay normas consuetudinarias sino también normas escritas. Muchas de ellas se escribieron no hace mucho y vienen, por costumbre, además de la práctica comunitaria, de la Legislación de Indias, del Derecho Canónico, del Derecho común ecuatoriano. Compatibilizar la tradición con el derecho escrito en el ámbito indígena es algo importante y debería garantizarlo la ley, hasta para que los cabildos de una comunidad vean como han juzgado los de otra comunidad, para que justamente funcione la posibilidad del derecho consuetudinario.

Tercero, hay que plantearse desarrollar un Derecho Ecuatoriano que incluya, además de la posibilidad de que las autoridades indígenas administren justicia, que es lo que la Constitución garantiza, el que se recojan aportes indígenas para las normas comunes. Mucho podríamos aprender de la práctica de arreglo de conflictos que tienen los indígenas, por ejemplo. Me doy cuenta de que el proyecto de ley se circunscribe a desarrollar la aplicación del artículo 191 de la Constitución y no trata otros aspectos. Pero esa ley no es suficiente, ni de lejos para llegar a la equidad interétnica en este país y para la construcción de un proyecto intercultural.

Cuarto, es preciso definir qué son conflictos internos, como la Constitución lo dice. Puede haber una visión muy restringida de lo que es conflicto interno, pero también puede haber una visión muy amplia y confusa. Podría decirse, por ejemplo, que el haber establecido una tasa municipal creó un conflicto en la comuna y entonces podrían las autoridades indígenas juzgar al alcalde indígena, al alcalde mestizo o los concejales que establecieron esa tasa. Si se intenta cobrar la tasa a los indígenas; eso también podría traer un conflicto interno, vistas las cosas desde cierto ángulo. Si conflicto interno es cualquier cosa disfuncional a una comunidad, entonces quiere decir que las autoridades indígenas tienen la competencia para juzgar cualquier cosa. Nuevamente, aunque estoy de acuerdo en que un conflicto interno no puede ser solo una pelea menor entre dos comuneros, tenemos que encontrar la definición y el desarrollo de ese aspecto de la norma constitucional.

Por último, hay que incorporar elementos de la diversidad al sistema jurídico ecuatoriano. Las prácticas de las culturas indígenas, negras y regionales, de la diversidad religiosa, son fundamentales. Eso implica que tenemos que hacer un reajuste, una reingeniería de la legislación ecuatoriana, no solamente desde la perspectiva estrictamente indígena o negra, sino también desde la diversidad religiosa y cultural que existe en el país. Se ha avanzado en algunos aspectos al despenalizar la homosexualidad, por ejemplo. Pero creo que todo esto implica que nos pongamos a pensar en serio en que tenemos que ir reconstruyendo el país en sus bases. No se trata de ir haciendo añadidos, aumentando unas reformas que se ven como concesiones, sino pensar en un cambio radical. Haber establecido la educación bilingüe o el Prodepine, dejar luego que las comunas administren justicia, no debe ser visto como concesiones graciosas, sino como un gran cambio necesario para que el país se reconcilie consigo mismo.

No debemos perder de vista que los grandes cambios se hacen con audacia pero también mediante acuerdos. En la Constituyente debatimos mucho estos problemas. Para citar un ejemplo,

Nina Pacari hacía acuerdo ayer de cómo tratamos el problema de los idiomas oficiales. Me opuse a la idea original de que se declaren idiomas oficiales al Castellano y al Quichua, fundamentalmente por respeto a las otras lenguas indígenas del país. Al fin llegamos a una solución de transacción que formulé con mucho cuidado luego del diálogo. Esa fórmula fue aceptada por la gran mayoría y ahora es parte de la Constitución. No olvidemos que las relaciones interculturales son relaciones de transacción. Yo creo que hay que construir una gran transacción, porque los estados; las naciones son transacciones, son espacios de negociación, de diálogo. Esto es lo que hay que impulsar en la sociedad ecuatoriana.

Lo digo claramente, al enfrentar este importante proyecto de Ley me mueve la convicción de que con ello se avanza en el reconocimiento de los derechos de los indios ecuatorianos. Pero sobre todo me mueve la aspiración de llegar a un Ecuador unido a partir de la articulación de las diversidades. En ese sentido pienso en el Ecuador como totalidad más que en sus partes, sus etnias o sus regiones. En el gran esfuerzo por construir un país unido, veo los peligros de las fuerzas regionalistas o etnocentristas que pueden causar efectos de disolución. Por ello creo que hay que apostar por un país unido. En el proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador veo una gran voluntad de avanzar en la justicia y la democracia, pero también descubro un serio peligro de que con él se aliente el fundamentalismo indígena, la parcelación del Ecuador. Por ello me he permitido hablar aquí con claridad y lealtad, como que con cada uno de estos pasos fundamentales que intentamos dar, nos jugamos la vida de la Patria.

\* Enrique Ayala Mora. Doctor en Ciencias de la Educación, PUCE; programas de Magister, Universidad de Essex; Doctor en Historia Moderna, Universidad de Oxford. En el campo de su especialización ha publicado varias obras individuales y colectivas de alcance nacional y latinoamericano, como la "Nueva Historia del Ecuador" y la "Historia de América Andina". Diputado de la República. Vicepresidente del Congreso Nacional. Candidato a la Vicepresidencia de la República. Representante ante la Asamblea Nacional Constituyente. Actualmente Rector de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 21 de febrero de 2002.

Extraído de Revista Aportes Andinos – Abril 2002 (Universidad Andina Simón Bolívar)

<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/enriqueayala.htm>