



“

Una Aproximación Cultural y Filosófica a la Justicia Indígena en el Ecuador”

“

Autor: Edison Joselito Naranjo Luzuriaga

Fecha de publicación:

15 de Enero de 2021

Equipo editorial:

Portela, Jorge Guillermo
Bonilla Jurado, Diego Mauricio
López Arcos Soraya Nathaly
Yepez Leguías, Giovanny Patricio

Prologuista
Editor Literario
Director del equipo editorial
Diseñador

CÓDIGO ISBN:

978-9942-8875-1-1

© Del texto, Edison Naranjo L.
© Del libro, Edison Naranjo L.
© De la presente edición: QUEYÁM CIA. LTDA., Sede Ecuador, 2020





Biografía

Edison Joselito Naranjo Luzuriaga, presbítero, estudioso e investigador en el campo filosófico, Licenciado en Teología y Licenciado en Jurisprudencia con grados académicos de tercer nivel, así como, Magister en Derecho Constitucional, Magister en Docencia Universitaria y Administración Educativa y Especialista en Diseño Curricular por Competencias.

Actualmente, Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, y Docente de las Facultades de Jurisprudencia y Ciencias de la Salud en la Universidad Regional Autónoma de los Andes en las áreas de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Práctica Constitucional, Deontología y Bioética. También, ejerce las funciones de Coordinador Académico de Posgrados en el área del Derecho Constitucional en la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Se ha desempeñado también en el ámbito investigativo y de vinculación de los estudiantes universitarios con la sociedad. Ha sido docente invitado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato.





Dedicatoria

A

la verdad más hermosa e inalcanzable de mi vida

A la mirada profunda, nostálgica, indescriptible,
llena de esperanzas

A la sabiduría cobijada de suave algodón
por rizos de oro

A la figura apoteósica de hermosura nunca vista

A la dama modelo, utopía persistente,
paradigma sine qua non

¡A mi propia libertad!



Agradecimiento

A

Dios que me llamó y me colmó de vida abundante

A la vida que a cada paso me permitió un
abánico de oportunidades

A la academia que me formó con grande firmeza

A la Universidad Autónoma de los Andes UNIANDES,
mi gran lugar de reverente inspiración cultural

A mi querida parroquia Sagrada Familia, mi lugar
de misión

A mi familia y amigos, preciados, incondicionales.



" Una Aproximación Cultural y Filosófica a la Justicia Indígena en el Ecuador "

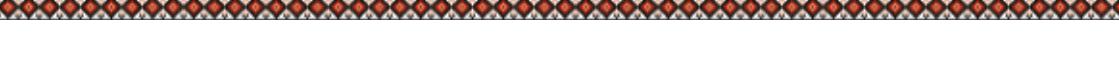
Edison Joselito Naranjo Luzuriaga





Indice





4 BIOGRAFÍA

6 AGRADECIMIENTOS

12 PRÓLOGO

14 INTRODUCCIÓN

26 NOTA PRELIMINAR

El estado de la cuestión

CAPÍTULO I

30 Los Derechos y la Apreciación
del Indígena en la Historia

CAPÍTULO II

52 Aspectos Culturales e Históricos
de los Pueblos Indígenas

CAPÍTULO III

74 Los Pueblos Indígenas en el
Derecho Internacional.
Marco Histórico Situacional

CAPÍTULO IV

89 Justicia Indígena.
Reconocimiento Cultural,
Político y Normativo

112 CONCLUSIONES

118 GLOSARIO DE TÉRMINOS

121 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



Prólogo

¿Cómo se ha percibido la cultura indígena a lo largo de la historia? ¿Cuál es la concepción oficial de los pueblos indígenas? ¿Cómo está enmarcado el derecho internacional? ¿Actualmente cómo el Estado ecuatoriano reconoce sus derechos y su pluriculturalidad? Son varias preguntas que el autor ha considerado pertinentes para el desarrollo de la presente investigación, cuyas respuestas se fundamentan en una recopilación de varias investigaciones desde la historia de los pueblos indígenas para la comprensión de su pluriculturalidad que abarca sus procesos de educación, sus idiomas, así como el tema de la propiedad.

En el libro se aborda la revolución de la justicia indígena a lo largo de los años, que ha sido minimizada y abusada desde la época de la conquista. Los cambios que se han dado en estas últimas décadas a nivel de toda Latinoamérica, y hablando específicamente de Ecuador en su Constitución (2008) y en conjunto con la participación de organismos internacionales y la creación de grupos sociales locales, se ha podido demostrar que ésta puede ser considerada como un sistema jurídico de notables avances, gracias al reconocimiento de que los pueblos indígenas son culturas que han existido desde años ancestrales, y han desarrollado sus propios derechos basados en su origen y desarrollo con el paso del tiempo.

La presente obra puede ser utilizada en escuelas de derecho y filosofía de Ecuador, cuya finalidad es llegar a la comprensión y entendimiento de los sistemas jurídicos creados por las diferentes culturas en Ecuador. Con ello se habla de la interculturalidad, pues se puede tener grandes avances en la construcción de una sociedad que acepte la interculturalidad de todos los pueblos en el país. De acuerdo a todos los temas que se abordan en esta investigación, este puede ser considerado como un libro de literatura general e historia, que puede ser leído y entendido por toda la población ecuatoriana.



El autor realiza un análisis sobre la convivencia de la comunidad indígena con la naturaleza, puesto que es un pilar fundamental por el acercamiento con la Pachamama, tomado desde el punto de vista de la cosmovisión que supone, por ser una fuente sagrada que provee de recursos para la existencia. Asimismo, se considera la autodeterminación, socialidad y resistencia que tienen los pueblos indígenas, frente a las corrientes políticas-históricas que han generado sentimientos de superioridad sobre los pueblos indígenas, generando la imposición de religiones, desplazamiento de sus costumbres y arrebataamiento de tierras. Se presenta la distribución de los pueblos indígenas en el Ecuador para comprender las necesidades que tienen estas etnias y la obligación de tomarlas en cuenta para su adecuado desarrollo y crecimiento.

Otra de las intenciones del escritor es abordar el nacimiento de los derechos internacionales de los indígenas, así como la responsabilidad que deben asumir los Estados, vistos desde su historia y analizados por diversos autores. En esta instancia se analiza cómo el compromiso de las naciones es fundamental para su reconocimiento tal como se ha hecho a través de organismos internacionales. Sin embargo, pese a los avances de los pueblos indígenas, se presentan las problemáticas que han tenido debido a la aplicación de su justicia y al irrespeto a su jurisdicción. El objetivo es invitar al lector a considerar la comprensión de la justicia desde un criterio filosófico y cultural.

En la actualidad varios sectores han creado espacios y debates para la inclusión de los pueblos indígenas, puesto que desde su perspectiva, su conocimiento e historia pueden aportar a los Estados. No hay que dejar de lado que debido a la complejidad de los pueblos americanos y pese a la existencia de estudios que aportan al reconocimiento de la interculturalidad, en la mayoría de los casos se sujetan a cambios económicos, intereses políticos y al ocultamiento de las realidades que viven los pueblos, impidiendo relaciones adecuadas de igualdad. El autor ha considerado estos temas primordiales para el desarrollo de esta la presente obra tratando de que sea atractiva para los lectores.



Introducción

En América Latina el derecho consuetudinario encuentra una de sus expresiones más relevantes en la estructura cultural y social de los pueblos indígenas. Este derecho coexiste con los sistemas formales y vigentes en los países, y a su vez los complementa en algunas circunstancias, o funciona en sustitución de la legislación estatal. Se pueden encontrar descripciones del derecho consuetudinario en general, así como investigaciones sobre su aplicabilidad en América Latina.

En los últimos años, en la gran mayoría de países de Latinoamérica se han producido cambios extraordinarios en su ordenamiento constitucional. No hay que esforzarse para descubrir que, en estos países, la viabilidad del impacto constitucional se manifiesta sobre todo en un afanado compromiso social y en la amplia participación ciudadana en diversos asuntos concernientes a sus derechos. En esta dirección, el presente estudio investiga las reformas constitucionales relacionadas con los derechos indígenas, dejados de lado durante la época republicana, y que ahora surge como un nuevo paradigma, con asuntos muy diversos y concretos relacionados con la educación intercultural, el idioma, la cosmovisión, la propiedad colectiva y/o privada.

Es necesario entender que la práctica de la justicia indígena es parte medular de este derecho que, según sus auténticos y originales principios, forman ahora parte de la organización del Estado, del funcionamiento de las instituciones de gobierno y de los derechos humanos y garantías que se le reconocen a sus habitantes y ciudadanos. Para el Ecuador, con una buena parte de población indígena, es ineludible reconocer la justicia indígena como punto esencial en la conformación del ordenamiento jurídico.

La incorporación de los derechos de los pueblos indígenas se puso en evidencia con el constitucionalismo latinoamericano desde las dos últimas décadas del siglo XX, en países como Colombia - 1991, Perú - 1993, Bolivia - 1994 y Ecuador



- 1998. Se produjo el reconocimiento constitucional de que las sociedades tienen una conformación cultural diversa. De allí la tendencia a garantizar el pluralismo cultural comprendido como un argumento sustativo de la ciudadanía inseparable de su derecho a la identidad cultural. Se trata de un conjunto de valores, orgullos, tradiciones, símbolos, creencias y modos de comportamiento que funcionan como elementos dentro de un grupo social y que actúan para que los individuos que lo forman puedan fundamentar sus sentimientos en el marco de la diversidad, de los intereses, códigos, normas y rituales que comparten dichos grupos dentro de la cultura dominante.

A partir de estas opciones constitucionales se reconoce la inmensa gama de pueblos indígenas, sus más íntimos derechos, entre los que cuentan idiomas, cosmovisiones, vestimentas, costumbres, a través de los cuales se promueve su propia cultura. Los derechos indígenas en Ecuador siguen representando un tema de justicia a considerar, ya que no se ha posibilitado como resultado de una decisión política del poder legislativo del Estado, sino que hunde sus raíces en el reconocimiento de un derecho que se plasma en un ente colectivo. "El pueblo indígena" es el resultado de una historia que con el correr del tiempo ha mantenido un sistema propio de administrar justicia de acuerdo a una filosofía y principios con proyecciones radicalmente humanas.

En la situación ecuatoriana se ha mantenido una prolongada lucha indígena frente a los gobiernos de turno, precediendo el reconocimiento del derecho propio, que equivale a "la justicia indígena", "el derecho consuetudinario" o "la jurisdicción especial". Esto ha significado un acto constitucional rotundo para los pueblos indígenas del Ecuador y otros países de la región.

Por supuesto, esto no sólo supone cambios importantes en la doctrina jurídica con basamento monista basada en la identidad Estado - Derecho, sino un enriquecimiento sustancial que favorece la idea de una constitución



cosmopolita. Una cuestión sustancial que ha buscado ser revertida, es la noción clásica del Estado - Nación, ya que “nación” se comprendía como un solo pueblo, una sola cultura, con un solo idioma y una sola religión. El nuevo modelo de justicia está lo suficientemente justificado y sustanciado por el Convenio 169 de la OIT, así como por las reformas constitucionales, teniendo como resultado el naciente Estado Pluricultural.

La OIT en el año 1919 prestó atención a los pueblos indígenas. En 1957 se desarrolló internacionalmente el primer instrumento vinculante llamado Convenio 107, dirigido a los pueblos tribales e indígenas de países independientes. Para el año 1989, se considera la participación de tres entes importantes: el gobierno, la fuerza laboral y organizaciones. En 1989, en la conferencia de la OIT, se reconoció que los pueblos indígenas y tribales a nivel mundial, no participaban de derechos de forma equitativa en comparación con la población restante de los estados donde se desarrollan, ocasionando pérdidas en sus hábitos, visiones y valores.

En la actualidad, los pueblos tribales e indígenas de América muestran los más bajos indicadores asociados a asuntos sociales, económicos y de trabajo, así como la discriminación debido a su etnia o raza. Tomando en cuenta este antecedente, el citado Convenio se convirtió en una parte fundamental para el trabajo de la OIT encaminado a favorecer la justicia social, pues habla de los derechos de los pueblos indígenas para robustecer y conservar su cultura, instituciones y maneras de vida propias, así como del derecho de participación en la toma de decisiones cuando afecten su vida. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio, el cual garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.



En 1998, el movimiento indígena ecuatoriano consiguió su objetivo primordial al lograr que en la Constitución de ese año se plasmara el Art. 1, “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. En el artículo se establece que la justicia indígena no se encuentra sujeta únicamente a sus normas, sino a los límites no visibles que deben ser respetados, entendidos en el marco de la justicia distributiva. Son protecciones que todo ser humano debe tener en atención al derecho, a la no agresión, tanto física como psicológica, a las garantías que se han de tener frente a las falsas creencias que consideran que la justicia indígena tiene el objetivo de ejercer el linchamiento y que se limita a fomentar acciones salvajes que no están acordes con derechos humanos.

La filosofía del derecho pretende explicar la naturaleza de los derechos desde su esencia, es decir, de la razón de su existencia, desde la perspectiva de lo universal. En el caso de las “ciencias jurídicas particulares” Giorgio Del Vecchio decía en su *Filosofía del Derecho*: “se limitan, por su naturaleza a explicar un sistema vigente o histórico; se atienden estrictamente a él, sin someter a discusión sus bases. Es lógico y necesario que el jurista debe atenerse estrictamente como propio sentido a las normas positivas, sin indagar si podrán o no ser mejores”. Considerando lo anterior diremos que el jurista ha de considerar el derecho vigente no como la última y más acabada versión de la justicia, pues siempre existe la inquietud filosófica del estudioso del derecho de encontrar nuevos fundamentos del ordenamiento jurídico.

Por eso, al hablar de *Filosofía Indígena* que cubre al derecho propio, se piensa que este derecho puede canalizar mejor el ideal tan anhelado de la justicia. Es conveniente señalar que la ciencia jurídica conoce, observa, trabaja y comprueba a través de un hecho o fenómeno; en tanto que la filosofía pretende conocer la universalidad de un hecho fenoménico y no estancarse



ahí, sino profundizar hasta su esencia y buscar su trascendencia . Del mismo modo, la reflexión sobre el derecho indígena implica necesariamente una reflexión filosófica. Además, el primer peldaño del derecho indígena no es la esencia jurídica positiva, no es la norma con perspectiva ideológica, sino que sus aspectos son más amplios, como la moral, la ética, la metafísica, entre otros, es decir, supone una filosofía.

La humanización del derecho contemporáneo en el Ecuador surgió por el reconocimiento de un estado plurinacional y multiétnico, la recuperación de la riqueza filosófica indígena o andina, susceptible de ser enarbolada como parte del legado que también se llama Ecuador y que goza de prácticas que enriquecen “lo humano”. Es algo a lo que el filósofo del derecho no debe renunciar, pues esta evolución constituye el problema científico que se ha de examinar con el fin de responder a una Constitución poblada de derechos fundamentales, enlazada más que nunca con los derechos humanos e instrumentos internacionales. Es un problema científico armonizar los fundamentos filosóficos que inspiran la justicia indígena aprobada constitucionalmente en la última constitución del Ecuador (2008), con la filosofía sobre la que se asienta el derecho estatal y descubrir que se genera un paradigma humanizador tan debatido en el derecho contemporáneo de la mayoría de los países de Occidente.

Desde el punto de vista filosófico, queremos remitirnos a la justicia (jurisdicción) indígena, considerando sus primeros principios, remitirnos a las primeras causas, y a su íntimo ser. Las respuestas que se generen darán cuenta de las razones de su trascendencia. Totalmente generalizados en las comunidades indígenas de los países latinoamericanos y sobre todo en el Ecuador, se entiende que los indígenas asienten su comportamiento, teniendo como punto de referencia principios lógicos que se cristalizan en el desempeño de un “derecho profundamente humano” que enarbola al hombre y respeta su perímetro natural al que llama su “casa mayor”.



El derecho indígena se encuentra fundamentado en varios principios que, al paso del tiempo, se han convertido en la razón de ser del derecho indígena en el ámbito de su constitución como nacionalidades y pueblos. Aun cuando los pueblos indígenas han sufrido cambios tanto en la institucionalidad como en sus normas, las relaciones de producción y transformaciones sociales subsisten y se encuentran en vigencia. La lógica indígena mantiene principios, normas y valores expresados como solidaridad, reciprocidad y colectividad, sustentos esenciales en el planteamiento de la normativa, el orden social y, como consecuencia, el desarrollo del derecho indígena, reconocido en el marco constitucional. Además de estos principios que generalmente se presentan como inamovibles, no se puede dejar de mencionar la trilogía normativa de la conducta de los pueblos indígenas, que entre otras cosas ha posibilitado cristalizar la categoría del acuerdo de la administración de justicia. Esta trilogía se compone de los siguientes elementos concretos: ama killa, ama llulla y ama shwa.

De tal manera que estos principios han sido para el indígena, observados, reconocidos, valorados, respetados y cumplidos en el tiempo, en simbiosis o en confrontación con el reconocimiento constitucional, tal como ha ocurrido en la América Latina colonial y republicana. Los valores que los indígenas profesan son: shuk shimilla (una sola lengua), shuk yuyailla (un solo pensamiento), shuk shunkulla (un solo corazón) y shuk makilla (una sola mano), los cuales son totalmente vividos y reconocidos. Este ordenamiento persiste hasta la actualidad en su sistema jurídico, rigiendo las relaciones cotidianas como medio eficaz de control social y el logro del Sumak Kawsay (Buen Vivir). Es un derecho constitucionalizado que persigue la armonía total no solo entre los seres humanos, sino también con su entorno natural, mencionado en la constitución ecuatoriana en los artículos 71 al 74, en donde se establecen los llamados derechos de la naturaleza.

El presente libro muestra una síntesis del panorama de los derechos indígenas en Ecuador, el nacimiento de organizaciones que han procurado representarlos,



y la intervención de organismos internacionales, como la OIT, que ha realizado notables esfuerzos para su pleno reconocimiento. Igualmente, se revisa la percepción de los indígenas en la historia, basada en el sometimiento y la resistencia, donde sobresale la existencia del derecho consuetudinario indígena. A su vez se aborda la apreciación histórica del indígena, la concepción oficial de los pueblos indígenas y su denominación en el ámbito lingüístico.

De igual forma, se analizan aspectos históricos-culturales de los pueblos indígenas, así como los usos lingüísticos, los problemas y logros alcanzados, así como el estatus de las nacionalidades en Ecuador. En esa dirección, se presenta una reseña histórica de la existencia de los pueblos en Ecuador hasta la colonización, junto a la intervención de diversas instituciones durante este periodo. También se analiza el derecho internacional de los pueblos indígenas desde el marco situacional, histórico, considerando sus avances, los nuevos escenarios y el reconocimiento cultural, normativo y político de la justicia indígena y la posición de los estados a nivel latinoamericano.

La presente investigación es bibliográfica. Supone la búsqueda, identificación y confirmación de fuentes. En primera instancia se hizo acopio de la bibliografía, la lectura del material seleccionado, la elaboración de fichas, notas, registros, organización y clasificación de datos, y posteriormente la redacción del trabajo. El trabajo investigativo empieza por explorar la historia de los derechos indígenas que brillaban antes de la colonización española, que se invisibilizaron en la conquista y la colonización y que luego se debatieron en contiendas absolutamente desiguales durante la vida republicana para desembocar en la aprobación constitucional de la justicia (jurisdicción) indígena en las dos últimas décadas, hecho que contribuye al proceso de humanización del derecho en el Ecuador. La investigación pretende identificar elementos que viabilicen la presentación de resultados que permitan avanzar ya sea en lo doctrinario, legal o jurisprudencial.



El estudio tiene su punto de partida en la presencia de la población indígena del Ecuador, su filosofía de vida, que la Conquista, Colonia y vida republicana habían discriminado y olvidado. Se hace énfasis en sus persistentes luchas por lograr la reivindicación y valorización cultural hasta alcanzar la proclamación de un Estado intercultural y multiétnico que concibe la justicia indígena como un sistema jurídico que funciona con todos sus reconocimientos a la altura del sistema jurídico tradicional y que a la vez es uno de los elementos determinantes del proceso humanizador del derecho contemporáneo. En este sentido, se realiza un análisis comparativo acerca de la agenda común que sobre este tema tuvieron las constituciones de los países latinoamericanos.

La investigación tiene como base la cuestión jurídico-filosófica que vincula el estilo de vida indígena, invisibilizado por múltiples circunstancias, con su manera de administrar justicia ya reconocida constitucionalmente en el Ecuador, cuya dinámica constituye un aporte al proceso humanizador del derecho contemporáneo. Esta dialéctica resulta imprescindible para la ciencia jurídica de hoy, partidaria de sustentar y enlazar sus normas y leyes a principios fundamentales en una relación que resulta imprescindible y difícil de separar.

Finalmente, la investigación enlaza los fundamentos filosóficos cultivados por los pueblos indígenas latinoamericanos y ecuatorianos desde épocas remotas y milenarias, con su forma de administrar justicia, elemento cumbre constitucionalizado en las dos últimas décadas de vida republicana, todo con el fin de extraer de esta lucha dialéctica elementos que han modificado enormemente la visión del derecho tradicional y han contribuido a su proyección humanizadora, vista como tendencia jurídica actual.

Luego de una nota preliminar, dedicada a plantear algunos aspectos relativos al estado de la cuestión tratados en la presente investigación, el libro está estructurado en cuatro capítulos. En el primero, se realiza una pequeña



remembranza sobre los derechos indígenas en Ecuador, invisibilizados durante muchos años. Se destaca cómo con la creación de organismos indígenas se logró una mejor oportunidad para establecer planes de lucha, cuya finalidad básica es que los pueblos sean considerados dentro de la Constitución, tal como ocurrió en 1998, así como en 2008, tomando en cuenta los convenios de la OIT. Ecuador asumió la responsabilidad de crear una legislación que permitiera la aplicación de la justicia indígena, buscando la igualdad en los procesos, evitando así la aparición de abusos o desventajas que afecten la seguridad jurídica.

De igual modo, se consideran los cambios que han experimentado los indígenas en América Latina a lo largo de la historia, afectados por el cambio en la economía, la pérdida de autonomía y autoridad. El acto crucial fue la esclavitud, el cual fue llevado a cabo por las autoridades de ese tiempo, a pesar de las acciones de la Corona y de diversos pensadores por contrarrestarlo. Se hace énfasis en el proceso de sometimiento del pueblo indígena, que dio como resultado manifestaciones de revolución en contra de las desigualdades. A su vez se menciona la escasa referencia a los derechos indígenas en Latinoamérica. Fue esto lo que provocó que los líderes indígenas no pudieron validar sus criterios para el desarrollo de legislación en el marco del Estado nación.

Se abordan las creencias sobre los indígenas, quienes fueron considerados como seres inferiores y entes sin alma. En este punto varios autores de la época, tenían opiniones divididas con respecto al trato del indígena. Esta situación se debía a la falta de conocimiento y a los prejuicios creados a lo largo de la historia. Afortunadamente, a partir del siglo XX la concepción oficial de los pueblos indígenas suele hacer mención de los Convenios promovidos por algunos organismos internacionales para el reconocimiento de estos pueblos. Se hace referencia a las denominaciones que se les dieron a los indígenas a raíz de la conquista, diversificadas conforme al descubrimiento de nuevas poblaciones y comunidades que aparecían y eran dominadas en el largo proceso de colonización que alcanzó a todo el continente.



En el segundo capítulo, se da cuenta de la evolución que ha tenido el reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel internacional a través de organizaciones como la ONU y la OIT que han promovido convenios y acuerdos de notables efectos jurídicos y políticos. Se habla del estado de los logros y problemas que las nacionalidades indígenas han tenido a lo largo de los años en el Ecuador, relacionados con las corrientes históricas-políticas que, con el paso del tiempo, no han podido eliminar las culturas indígenas. Se realiza un análisis de las etnias existentes en Ecuador, su distribución a nivel nacional, y se destaca la complejidad del reconocimiento de la heterogeneidad de los pueblos indígenas.

Se realiza un esbozo del derecho indígena antes y después de la conquista española en los territorios del Ecuador. En este caso, se revisan las tradiciones y cosmovisiones de diversos grupos indígenas, la dominación Inca sobre el Reino de Quito, así como las instituciones jurídicas y políticas que se establecieron durante el período colonial. Este proceso es considerado en su notable dinamismo, debido a los cambios políticos y sociales que se han desarrollado a partir de la conquista. En este contexto se muestra cómo Ecuador ha tenido una diversidad de pueblos indígenas que buscaban siempre vivir en armonía con la Pachamama. A raíz de la conquista del Reino de Quito, se ha tenido como ejemplo el liderazgo que se tuvo para la dirección de los pueblos de aquellas épocas, en conjunto con los enfrentamientos y batallas cuyo objetivo era consolidar el gobierno. Con la llegada de los españoles surgieron diversos desafíos para la consolidación de criterios jurídicos considerados clave para la conservación del derecho consuetudinario.

El tercer capítulo trata sobre el derecho internacional dedicado a los pueblos indígenas; derechos que fueron negados durante mucho tiempo pero que, en la actualidad, están reconocidos como derechos colectivos. Hasta ahora no se ha consolidado un instrumento a nivel internacional que pueda evidenciar enfáticamente los derechos de los pueblos indígenas tal como, por ejemplo, se logró con la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el caso de los



pueblos indígenas, sus derechos se han reconocido a través de convenios y tratados que todavía siguen evidenciando diversas limitaciones. De allí que en el presente trabajo se haga énfasis en la perspectiva histórica con el fin de tratar de ofrecer una visión más amplia de la cuestión indígena.

El cuarto capítulo está dedicado a la justicia indígena en el contexto de las reflexiones jurídicas y filosóficas. Se analizan los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales considerando la existencia de la multiculturalidad, la plurinacionalidad tanto en América Latina como en el Ecuador. Se plantea especialmente la legitimación jurídica y filosófica de los derechos indígenas bajo la perspectiva de la consolidación de la Justicia Indígena que es la que ha servido de soporte y guía fundamental para el desarrollo de este libro. Del mismo modo, se destaca el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en el ámbito estatal, así como la adaptación de las constituciones de las regiones de Latinoamérica a las nuevas realidades de los pueblos indígenas.



NOTA PRELIMINAR.

El Estado de la Cuestión

A raíz de la nueva Constitución de 2008 en su Art. 171 a través del cual se incorpora la justicia indígena como parte del ordenamiento jurídico del Ecuador, hablar de la jurisdicción indígena no es hacer una sencilla referencia a un colectivo definido que se ajusta a un determinado proceso de juzgamiento, sino considerar una serie de normas jurídicas que han sido opacadas históricamente por parte del modelo jurídico hegemónico ecuatoriano que, amparado en una tradición positivista, ha minimizado las tradiciones culturales de pueblos ancestrales.

El derecho indígena en el Estado ecuatoriano fue invisibilizado en la etapa republicana del país. La reivindicación de ese derecho tuvo un momento destacado en los años 90, época en la que se revela con fuerza el tema de la interculturalidad desde las bases indígenas. Se integraron diversas organizaciones como la Federación Ecuatoriana de Indios, dedicada al reclamo de la tierra; y con la influencia de una época de revoluciones, se produce la primera reforma agraria del Ecuador en 1964. Se repartieron no precisamente las mejores tierras sino las laderas, y a partir de ese hecho se darán una cadena de reformas, curiosamente en épocas de dictaduras excepto la última, de 1994, en la presidencia de Sixto Duran Ballén, pero siempre el problema indígena giraba alrededor de la tierra.

Con el nacimiento de organizaciones indígenas en la década de los 80 y 90 (Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador y Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), se incrementó la defensa de propuestas referidas a la tierra, la salud, la educación, el idioma nativo, el reconocimiento de culturas conocidas como diferentes, la medicina ancestral, y la consecución de un estado como plurinacional. Fue el comienzo el comienzo de las organizaciones multiétnicas (con su propio establecimiento de gobierno paralelo al del Estado y su ordenamiento jurídico). Con la intervención política de las asociaciones indígenas, sumado a la presión social, se logró la incorporación de



diversos tipos de reconocimiento en la Constitución del Ecuador de 1998 (Art. 191), así como la del año 2008 (Art. 171).

Con la suscripción del convenio 169 de la OIT, Ecuador asumió la responsabilidad de adoptar sistemas necesarios para la adecuada incorporación de los principios establecidos en este documento a la norma nacional jurídica. Sin duda, este largo proceso para reconocer el pluralismo jurídico en Ecuador se afianzó en el año 1998 tal como lo establecía el Art. 191 de la Constitución que regía en ese tiempo:

[...] 4. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes.

Este reconocimiento indígena se mantuvo por 10 años. Más tarde, en la Constitución del año 2008, se conservó el aspecto pluralista del sistema judicial al colocar en su Art. 171 los siguientes puntos:

[...] 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 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 los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

En las dos constituciones se proyecta el reconocimiento de la aplicación de la facultad jurisdiccional del pueblo indígena, aunque se puede notar una distinción entre los respectivos artículos. Las funciones de la autoridad indígena se enuncian como una posibilidad en la Constitución de 1998, mientras que en la de 2008 se señalan específicamente los ejercicios de funciones jurisdiccionales en los pueblos indígenas. Esto supone diferencias importantes desde el punto de vista jurídico. Cuando se mencionan “funciones jurisdiccionales”, la Constitución otorga potestades direccionadas a la autoridad indígena, puesto que la jurisdicción, en atención al Código de procedimiento civil actual, involucra el juzgar, así como la ejecución de lo juzgado. Con esto se demuestra que, con la Constitución de 2008 se consolidó la validez, así como la aplicabilidad de los derechos indígenas.

En razón de que la normativa ecuatoriana reconoce como fundamentos del Estado, la interculturalidad, así como la plurinacionalidad, resulta imprescindible



asumir el programa estatal que responda a esta necesidad jurídica y que haga posible la realización de la diversidad de culturas y sus concretas prácticas ancestrales. Por eso, es imprescindible que la ley misma exprese los principios que realicen la plena aplicación. Es por esto, que el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial establece la obligatoriedad de que la función judicial ponga atención, cuando se toman decisiones que competen a su función, a los principios de igualdad, non bis in ídem, diversidad, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.

Estos principios tienen que ver con la obligación de los servidores judiciales a decidir según el “óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural”. Por este motivo, los servidores que trabajan en el campo judicial se encuentren en constantes capacitaciones para comprender todo aquello que se relaciona con creencias, hábitos y tradiciones ancestrales, cuya finalidad sea para obtener una adecuada asimilación de las culturas. La igualdad tiene que ver con la actuación dentro del proceso en las mismas condiciones para evitar perjuicio a una de las partes, debido a que. De allí la importancia de “la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena”. Lo mencionado anteriormente, permite el adecuado proceso para concretar la proyección intercultural de los sistemas de administración de justicia; pero sobre todo busca que exista la igualdad en el proceso y que los hábitos y credos no provoquen posibles daños o desventajas en las personas cuando han sido vinculados a un proceso.

El principio del non bis in ídem conforma una caución procesal para la obediencia del derecho humano, y resulta imprescindible su evocación como el comienzo del sistema jurídico pluralista. Por tal razón, es completamente necesario establecer sistemas que permitan a la sociedad una adecuada seguridad jurídica, que puede ser afectada al desconocer si los involucrados pueden ser sometidos a dobles juzgamientos por la pluralidad de jurisdicciones existentes. El Código Orgánico de la Función Judicial establece que lo realizado por la autoridad indígena no puede ser revisado ni juzgado por los jueces competentes de la Función Judicial ni por la propia autoridad administrativa. Todo depende de la validez que la legislación nacional le atribuye al derecho indígena, pues cuando se toman decisiones sobre este tipo de sistema de justicia, se ha de tener en cuenta que no necesariamente se corresponde con la cosmovisión occidental propia del Estado nación.

Para impedir que la autoridad indígena aplique mecanismos que afecten los derechos humanos, el Art. 171 de la Constitución ha contemplado la posibilidad del



control de constitucionalidad. Este está regulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo Art. 66 instituye los principios para la resolución de acciones extraordinarias de protección. La Corte Constitucional deberá garantizar la comprensión intercultural para impedir que exista una interpretación monocultural y etnocéntrica, tal como lo establece la disposición prevista en su primer numeral. A su vez, el tercer numeral asegura el derecho a las autoridades indígenas a aprovechar de un mínimo de restricciones y una máxima autonomía cuando se ejerzan sus funciones jurisdiccionales. Entonces, en la Constitución está prevista la independencia jurisdiccional de los pueblos indígenas, pese la existencia del control de constitucionalidad. Este se ha de desempeñar de forma intercultural con el fin de garantizar y fomentar el respeto del pluralismo cultural que posee Ecuador.

En las últimas décadas ha surgido una crítica a nivel general debido a que las prácticas de la justicia indígena son consideradas como violentas, indecentes y que van en contra de los derechos humanos, llegando a ser presentadas como prácticas de naciones incivilizadas. Pero estas críticas no se han detenido a pensar que esta realidad es producto de una cosmovisión totalmente distante de la percepción blanca-mestiza, relacionada con lo que hoy se conoce como formas justas para imponer castigos. Esto ha puesto en evidencia la marginación y la apatía cuando se trata de manejar la cultura indígena; de esta forma se pone de manifiesto que, bajo la falacia de una igualdad formal, a los pueblos indígenas se les ha impuesto una justicia que les es ajena y que desconoce sus tradiciones ancestrales.

Como referencias bibliográficas se han escogido obras de autores indígenas, nacionales e internacionales, cuyas investigaciones y reflexiones están respaldadas en vivencias y experiencias de vida en las comunas, comunidades y pueblos indígenas. Entre ellos se cita a Carlos Pérez Guartambel , Raúl Ilaquiche Licta, Lourdes Tibán , Sylvina Ramírez y Eduardo Hualpa . Por otro lado, la investigación de la justicia indígena plasmada en la constitución ecuatoriana, es complementada con el enfoque personalista de la filosofía expuesta por Emmanuel Mounier, y también con la filosofía jurídica de constitucionalistas contemporáneos de autores como Norberto Bobbio y Ronald Dworkin. Estas y otras fuentes que se irán utilizando complementan desde distintas áreas de estudio el tema que se requiere investigar para poder darle forma filosófica a un tema netamente jurídico y tributar a lo que llamamos la humanización del derecho constitucional. En suma, se puede apreciar que han existido avances en el estudio de la filosofía de la justicia indígena en el Ecuador. Con el presente trabajo se espera avanzar en el desarrollo de este apasionante tema.



Cap 1

Los derechos y la apreciación del indígena en la historia



La historia nos revela que, hace cinco siglos, las poblaciones que habitaban en lo que hoy es América experimentaron un encuentro sin precedentes con el arribo de los europeos, lo cual significó la posesión de tierras, la discriminación de las comunidades políticas “descubiertas”, el desequilibrio de las economías, así como la ruptura de la integridad de las culturas. Europa, ya acostumbrada a las guerras de conquista, a pesar de la resistencia indígena, logró imponerse en los nuevos territorios.



Sin duda, el esclavismo fue el punto más marcado en la conquista, debido a que fue el primer sistema laboral que se fue incorporando a medida que se iba conquistando América. Para este proceso fue necesario el sometimiento de personas predominantemente negras e indias. Claramente se evidenciaba la marcada aplicación de leyes que favorecían a los individuos considerados como blancos y mestizos. La población negra traída de África fue directamente esclavizada y a los pueblos indígenas se les al trabajo forzoso sin límites y sin ninguna retribución. Sin embargo, con el paso del tiempo se elaboró una legislación a través de la cual se pretendía atenuar este tipo de explotación incluso con cierta remuneración.

Pese a este tipo de esfuerzos por parte de la Corona, no se lograron los resultados esperados, debido a la introducción de arbitrariedades, abusos, sobornos y castigos por parte de quienes se encargaban de este uso de la mano de obra. Esto dio lugar a que los pueblos indígenas se dirigieran a lugares inaccesibles o a otros lugares de trabajo españoles con el objetivo de convertirse en personas libres. Con este proceso de irrupción de los europeos sobre la soberanía a los pueblos indígenas del nuevo continente, se inició la lucha indígena.

En este nuevo contexto, el progresivo dominio cultural empezó a ejercerse también a través del lenguaje. La población conquistada fue bautizada con nuevos nombres: "indígenas", "nativos", "aborígenes", entre otros. Estas denominaciones se fueron diversificando conforme al descubrimiento de nuevas poblaciones y comunidades que aparecían y eran dominadas en el largo proceso de colonización que alcanzó a toda América. El término indígena, quizás el más difundido en la actualidad, comenzó a utilizarse para denominar a los descendientes de los pueblos que habitaban los territorios antes de la conquista. Se trataba de la conquista del "otro".

Sometimiento y resistencia del indígena

Se puede sostener que el sometimiento de la población indígena que se inició hace 500 años ha tenido como contraparte un largo proceso de resistencia que se ha expresado de diversas formas, ya que los indígenas que lideraban sus respectivas naciones no aceptaron los nuevos sistemas impuestos (económicos, políticos y sociales) desde la Corona hasta los gobiernos actuales. Se trata de un proceso que se prolonga hasta hoy pues no solamente puede hablarse de colonización, sino también del desarrollo neocolonial que llega a converger con la globalización del capitalismo. Se trata de un proceso a través del cual se han



venido consolidando diversas formas de imposición cultural que se expresan en el desplazamiento religioso, la discriminación de los hábitos medicinales, la exclusión de las cosmovisiones, de las costumbres sociales y de las formas de hacer justicia. Frente a esta realidad debe asimismo destacarse el desarrollo de un largo proceso de resistencia que se ha manifestado de formas desiguales y que sigue manifestándose hasta hoy.

Existe una línea de continuidad entre el sometimiento que estuvo a cargo del imperio español y las diversas formas como se ha expresado la globalización. El surgimiento del estado nación europeo ha tenido también su expresión en América con la progresiva aparición de estados vistos como repúblicas, independientes en sus formas constitucionales, pero dependientes en el orden político, económico y cultural. Y a ello se sumó la hegemonía económica y política del imperio norteamericano desde el siglo XIX hasta hoy. Estos sucesivos procesos imperiales, junto con la aparición de diversas potencias mundiales en el siglo XX, han contribuido a la generación de un proceso de globalización del dominio económico y político que se advierte, por ejemplo, en América Latina.

Se trata del paso del virreinato al estado nación colonial convertida en república, a países que siguen siendo colonizados y dependientes en el contexto de un proceso de alcance mundial. La idea de la libre determinación de los pueblos se convirtió en un instrumento retórico que no tenía consecuencias efectivas en el marco de la nueva diplomacia mundial. Se imponía así el discurso del nuevo proceso civilizatorio, tal como fue expuesto por Huntington en su trazado de la división del mundo. Frente a la civilización de los blancos se esgrimía la condición salvaje de los indios.

Las intenciones de aquellos que estaban al mando de la Corona, consistían en la creación de un sistema que regulara el trabajo de los indígenas de manera racional, y a cambio se recibía un jornal diario. Dichas actividades eran menos forzadas, debido a que iban acorde a un número adecuado de horas y no eran tareas extremadamente agotadoras, y con ello se pretendía hacer del trabajo una actividad moderada y consciente. Sin embargo, a la larga esto no fue posible, ya que fue un proceso afectado por arbitrariedades y terribles abusos. En definitiva, se desarrolló un sistema de trabajo bajo amenazas, con castigos, junto a la corrupción de quienes estaban a cargo, transformando por completo el régimen de empleo que se tenía propuesto a pesadas jornadas para el pueblo indígena, generando, como se dijo antes, huidas a tierras inaccesibles o acudir a otros lugares de trabajo para obtener su libertad.



Se puede hablar entonces de la imposición de una concepción del mundo y de la vida. Los pueblos originarios, perseguidos y sometidos, tuvieron que adaptarse a las condiciones que empezaba a hacer valer el conquistador, el colonizador y luego el líder republicano. La justicia indígena, en el marco de las costumbres que se habían desarrollado, fueron desplazadas drásticamente. Se imponía así una hegemonía cultural, religiosa, lingüística, a través de nuevas y extrañas instituciones y modos de ver el derecho. El despotismo que conllevaba esta experiencia suscitó el desarrollo de un prolongado proceso de resistencia y rebeldía que se ha mantenido de diversas formas hasta hoy.

La resistencia frente a la opresión, a la que se sumaba entonces la rebeldía frente al déspota colonizador, se transformó con el paso del tiempo en diversos movimientos sociales que han dado lugar a la desobediencia civil y a la exigencia de un conjunto de reivindicaciones que toman como fuerza las raíces de la constitución de los pueblos originarios, sus modos de percepción y comprensión de la realidad basada en la vida comunitaria, en las prácticas ancestrales y en la conservación del medio ambiente y del respeto a la naturaleza.

Es en este contexto histórico donde se puede advertir la coexistencia y, a su vez, la confrontación de dos formas de ver el derecho. Por un lado, el derecho originario de los pueblos y, por el otro, el derecho positivo introducido por los colonizadores a través de instituciones y formas jurídicas provenientes, primero del imperio español, y luego de la cultura europea occidental. En este caso se enfrentaba al derecho originario no solamente el derecho positivo, sino también una concepción positivista del derecho que se ha hecho valer a través de diversos instrumentos, con mayor o menor énfasis, desde el inicio de la colonización.

Si bien se puede hablar de un período clásico durante el cual el positivismo jurídico tuvo una especial hegemonía en América Latina, se puede sostener que el ejercicio de dominación política de los pueblos colonizados se llevó a cabo a través de una concepción que en términos generales puede llamarse positivista, pues las normas y leyes que se encuentran en los textos jurídicos se convertían en instrumentos para legitimar y ejercer las diversas formas de explotación y opresión, desde el imperio o desde el Estado nación.

La usurpación de la tierra, la introducción de la idea capitalista de la propiedad privada, el sometimiento al trabajo esclavo, la imposición de una religión, la discriminación étnica y racial, el desplazamiento de las formas originarias de organización social junto a los usos y costumbres, y la negación de las mane-



ras tradicionales de hacer justicia, fue el resultado de ese violento y prolongado proceso de dominación. Se fue constituyendo así un proceso inverso al que naturalmente habían experimentado los pueblos originarios de América.

El conquistador, visto como el extraño (el otro), que venía a apoderarse de las tierras y la gente, se asumió como el habitante legítimo que consideraba al indígena como el otro, el extraño. Desde esta matriz antropológica y cultural se fue creando la separación de dos culturas y luego la discriminación y la exclusión que se expresaba en fuertes dicotomías reales expresadas a través de diversas formas lingüísticas. Los civilizados, ilustrados, creyentes católicos, llenos de riqueza, protagonistas de la creación artística y auténticos ejecutores del derecho, frente a los bárbaros, ignorantes, llenos de pobreza, carentes de alma, desvalidos y sometidos a oscuras tradiciones.

Fue precisamente en la época moderna europea, desde el siglo XV, cuando empiezan a aparecer ideas y creencias sobre la superioridad de Europa frente a los "aborígenes" recién descubiertos. Incluso en el caso del pensamiento liberal, puede advertirse el modo como diversos pensadores, por un lado, buscaban legitimar la libertad de los europeos y, por el otro, legitimaban la esclavitud que se estaba ejerciendo en las colonias. Un momento decisivo de auto legitimación de la superioridad europea sobre América se produjo en el siglo XIX, por ejemplo, con el pensamiento de Hegel. Pero más que eso, se trataba de un proceso que se convirtió en sometimiento que fue perfeccionándose en el siglo XX.

Frente a esa historia de dominación, tal como se ha dicho antes, empezó a configurarse una historia de resistencia y rebeldía que se ha venido consolidando y reconociendo en diversos momentos, especialmente durante el siglo XX. Las luchas de los pueblos indígenas han logrado progresivamente la creación de un proceso y un marco de reconocimiento que no solamente se expresa en la vida cotidiana, sino especialmente en los mecanismos sociales, institucionales y jurídicos que se han logrado hacer valer tanto a nivel nacional e internacional.

El progresivo reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos en los organismos internacionales (como en el caso de la OIT, ya mencionada), la conformación de un movimiento indígena dedicado a defender las legítimas aspiraciones del pueblo indígena, así como la incorporación de esos derechos en el marco de las constituciones de diversos países, incluido por supuesto, el Ecuador, son un testimonio histórico, político y cultural de la realidad y la vigencia de una tradición que había sido negada, ignorada y descuidada durante quinientos años.



Olvido y vigencia del derecho consuetudinario indígena

Un testimonio fundamental a través del cual se puede apreciar el desplazamiento cultural que han sufrido los pueblos indígenas, se halla en el ámbito lingüístico, especialmente por la ausencia de referencias al derecho indígena que se observa en buena parte de la historia de la legislación y la jurisprudencia en América Latina, en las enciclopedias, en los diccionarios jurídicos. La razón de ello tiene que ver esencialmente con el protagonismo y la hegemonía que ha tenido el derecho positivo de origen europeo debido a las fuerzas políticas, económicas y sociales que lo respaldan.

Quizás esto explica que durante mucho tiempo los dirigentes y movimientos indígenas no lograron hacer valer sus opiniones y su visión del derecho indígena en el seno del respectivo estado nación. Si bien se pueden reconocer diversos movimientos de rebeldía y resistencia, no necesariamente esa experiencia histórica, social y política se ha expresado en planteamientos y, sobre todo, en textos jurídicos y jurisprudenciales que permitieran conocer las aspiraciones concernientes al derecho indígena. No quiere decir esto que no hayan surgido diversas iniciativas al respecto, pero durante mucho tiempo no lograron incorporarse adecuadamente en la legislación y la cultura jurídica.

Ciertamente, especialmente desde finales del siglo XX, comenzó a aparecer la voz de algunos parlamentarios que trataron de buscar el reconocimiento de los derechos indígenas, pero en la mayoría de los casos se trataba de iniciativas manipuladas por las mediaciones e intereses políticos dominantes. Existía entonces un aparente proceso de apertura, en nombre de la pluralidad y de la democracia, pero, al fin y al cabo, se trataba de una concesión meramente formal que, en los hechos, terminaba por seguir menoscabando los intereses de los pueblos indígenas en el ámbito institucional.

El hecho de que en las recientes constituciones de algunos países de América Latina y, específicamente del Ecuador, se hayan reconocido los pueblos y las jurisdicciones indígenas, no significa que dichas jurisdicciones hayan tenido aplicabilidad y efectividad, tanto por los límites que impone la misma constitución, como por los diversos subterfugios y caminos laberínticos de la jurisprudencia que tienen como resultado la ausencia de reconocimiento, real y formal, de dicho derecho. Es por ello que se plantea la necesidad de que el derecho consuetudinario indígena sea asumido no como un aspecto menor o accesorio de la agenda jurídica del país sino, más bien, como un compromiso histórico con sus pueblos originarios.



En torno a la definición etimológica del derecho indígena

Un aspecto que vale la pena resaltar es que el derecho indígena no consiste en la atribución de un concepto jurídico de origen positivista a la cultura de los pueblos originarios. Antes bien, se puede apreciar que el derecho en el lenguaje kichwa está relacionado con la noción de poder. Se puede sostener que ese es un aspecto significativo que distingue al derecho indígena frente al derecho europeo concebido esencialmente como una expectativa que se debía realizar, como un “derecho a” tal como se aprecia en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, planteados en torno al desarrollo de la Revolución francesa.

En el caso del derecho indígena no es una expectativa, no es una condición subjetiva, sino más bien, un poder. El derecho es el poder. Carlos Pérez Guartambel, reconocido estudioso de la justicia indígena, ha señalado que en el lenguaje kichwa existen dos acepciones que se juntan y contribuyen a formar la idea del derecho: por un lado, kamak, y, por el otro, chik. Si se toma en cuenta que kamak significa, poder, energía que cuida, preserva, protege, dispone, ordena, provee, y chik significa movimiento, acción, transformación y cambio, se puede apreciar la potencia del significado de kamakchik que es el poder de transformar teniendo como mira el equilibrio y la cohesión social.

Se trata de una visión del mundo y de la vida que supone la existencia de una comunidad que ha logrado la cohesión social y que piensa el derecho a través del poder que se logra con la solidaridad de todos. Tal como lo ha planteado Mariátegui, se trata de una concepción marcada de un modo inmanente por la solidaridad propia de una comunidad. Es una concepción en la que se articulan diversos aspectos que son las causas que dan lugar a la cohesión social, alejada del individualismo tal como se conoce en el mundo occidental. El derecho así visto no es un instrumento jurídico sino un poder desde el cual se manifiesta de un modo holista la existencia y el quehacer de la comunidad indígena.

La apreciación histórica del indígena

Si nos remontamos a diversas creencias e interpretaciones que se produjeron en Europa a raíz del descubrimiento de América, predominan aquellas en las cuales el indígena fue visto como un ser inferior, semejante a la manera como se concebía en la antigüedad a los esclavos, al servicio de los hombres libres. Esta distinción encontró una renovada fuerza en la época moderna cuan-



do América comenzó a recibir innumerables africanos convertidos en esclavos, tal como también fueron convertidos los indígenas recién descubiertos. Los indios fueron vistos como seres superiores a los animales, pero en una escala inferior a la de los blancos europeos.

En los célebres relatos de los viajeros de indias se consideraron a los indígenas como seres que no alcanzaban el estatus antropológico y cultural de los europeos, puesto a que se tenían afirmaciones que el crecimiento y desarrollo de la sociedad era exclusivamente para un grupo pequeño de seres humanos, mientras que la otra parte era considerada como inferior. No se trataba solamente de una creencia o de una interpretación, sino también de una justificación para poner a los negros y los indios a su servicio. De un modo semejante al que planteaba Aristóteles cuando sostenía que algunos hombres habían nacido para ser libres y ejercer su razón, mientras que otros por naturaleza estaban destinados a servir a los demás, básicamente con sus cuerpos, en América se fue consolidando la imagen de que los negros y los indios, concebidos como seres bárbaros sin alma, estaban obligados a servir de un modo absoluto a sus nuevos dueños provenientes de otras tierras.

Ya desde la conquista, pero sobre todo con la colonización, con la llegada de las órdenes y misiones religiosas cristianas, cobró fuerza y se legitimó la idea de los indígenas como seres sin alma condenados, por tanto, a la esclavitud. Y si bien fue un tema controvertido, se hizo valer la interpretación, inspirada en el aristotelismo y el tomismo, de que los indígenas no tenían alma y, por tanto, no podían ser objeto de salvación y, si la tenían, estaban obligados a someterse a un proceso de evangelización. Se trataba de una concepción teológico-política que convertía a los indios en esclavos y que, a lo sumo, los llevaba a la condición de ser cristianos y súbditos de la Corona.

En este contexto ocupa un lugar protagónico la célebre diferencia que existió entre dos concepciones opuestas en la concepción de los indígenas. Esta diferencia se expresó en los extensos escritos de Bartolomé de las Casas, quien sostenía, en contra del teólogo e historiador Juan Ginés de Sepúlveda, que los indios sí ocupaban un lugar en la religiosidad pues habían sido mencionados en las Sagradas Escrituras. Mientras Sepúlveda adoptaba la visión que habían difundido los pensadores de la Ilustración y los teólogos conservadores, según la cual los indígenas eran unos extraños que no podían ser admitidos por la religión cristiana, por razones culturales y lingüísticas, Bartolomé de las Casas sostenía que Sepúlveda no había hecho más que retomar el aristotelismo que legitimaba la conquista y la dominación de los pueblos indígenas.



Del mismo modo, más adelante, Domingo Faustino Sarmiento, cegado por la idea de la superioridad blanca hizo el elogio de la conquista de los indios de América del norte añadiendo un aspecto que acentuaba mucho más la negación existencial del otro cuando afirmaba que el éxito de los anglosajones se debía al hecho de no haber aceptado a la raza indígena incluso bajo la forma de la esclavitud. Desde esa visión se consideraba preferible el exterminio. En el caso del Ecuador, es pertinente de nuevo tomar en cuenta las referencias que hace Carlos Pérez Guartambel, en este caso a Emilio Bonifaz, hacendado ecuatoriano, quien de un modo sórdido señalaba las supuestas debilidades y defectos del indígena ecuatoriano, tanto desde el punto de vista físico como desde el punto de vista psicológico y cultural.

En suma, se puede afirmar que la percepción del indio, dentro o fuera de América, estuvo alimentada por la ignorancia y por un conjunto de prejuicios que dieron lugar a una apreciación deformada y negativa del indio latinoamericano y ecuatoriano. Una apreciación que ha tenido, como veremos en la presente investigación, un conjunto de efectos concernientes a la valoración y el juicio sobre los pueblos indígenas. Se trata de un problema complejo considerando que los prejuicios e interpretaciones erróneas se han entrelazado con la propia formación cultural latinoamericana y con las formas de representación por parte de los que siempre han tratado de justificar la explotación y la opresión de los indígenas. Es una matriz histórica de mucho peso que no puede ser desmontada desde una sola posición. Se han adelantado diversas iniciativas para legitimar la autonomía jurídica y política de los pueblos indígenas, aunque se trata de un desafío cuya complejidad va más allá de los esfuerzos que se han realizado hasta ahora.

La concepción oficial de los pueblos indígenas

Una vía útil para tener acceso al significado y el sentido que se le atribuye a los pueblos indígenas son los acuerdos a los que han llegado diversos países de América Latina a través de la Organización Internacional del Trabajo, tal como se recogió en el "Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales" en vigencia desde 1991. En dicho Convenio se hace referencia a los esfuerzos que ha realizado la OIT desde 1919 con el fin de plantear políticas sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En ese sentido, se considera la necesidad de que los pueblos indígenas preserven sus derechos a tener autonomía para decidir sobre su destino, sus formas de desarrollo económico, social y cultural, conforme a sus creencias y tradiciones. Es importante



destacar que los estados signatarios de dicho Convenio, entre los cuales se encuentra Ecuador, quedaron comprometidos a tomar en cuenta sus disposiciones con el fin de hacer los ajustes en las respectivas legislaciones.

Ahora bien, al considerar la cuestión de la definición de los pueblos indígenas, tomando en cuenta que el citado Convenio de la OIT ha sido firmado por diversos países con población indígena, constituye al menos un punto de referencia válido para acercarse a un tema que ha dado lugar a muchas controversias. En este sentido, valga destacar la forma como allí se concibe a los pueblos indígenas basándose en lo siguiente. Dichos pueblos son considerados indígenas.

“por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

El pueblo indígena en la época actual es reconocido entonces por el hecho histórico de ser descendiente de poblaciones que ya existían antes de la conquista y la colonización. Se trata, ciertamente, del reconocimiento de un hecho, pero también de los derechos que han asumido dichos pueblos. Se entiende dicho reconocimiento “cualquiera sea su situación jurídica” y, en ese sentido, se reconoce explícitamente la cuestión jurídica como un aspecto a considerar. Sobre este punto, más adelante se hará la respectiva evaluación. Por ahora es necesario poner de relieve que en el citado Convenio de la OIT se advierte que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”.

Si bien se trata de un reconocimiento importante, no necesariamente abarca los derechos que ejercen los pueblos indígenas, pues cuando se alude a “derechos humanos y libertades fundamentales” puede estar implícita, por ejemplo, la declaración universal de los derechos humanos, asumida en distintos momentos, o, incluso, la idea de la progresividad de los derechos humanos tal como ha sido recogida en diversas constituciones. No obstante, estas presunciones, aun siendo ciertas, no garantizan la validez y sobre todo la aplicabilidad del derecho indígena, salvo que esté previsto expresamente tal como, por ejemplo, lo establece la Constitución del Ecuador de 2008. El sentido y los alcances del reconocimiento constitucional del derecho indígena en el Ecuador serán considerados más adelante.



En principio es necesario destacar que el Convenio de la OIT reconoce a través del planteamiento citado, la validez y eficacia del derecho indígena, lo cual constituye un aspecto digno de notar, pues si no existe el claro y explícito reconocimiento del orden jurídico indígena, en el fondo se debilita el reconocimiento mismo de dichos pueblos. Reconocer el hecho, pero no el derecho, constituye un problema de reconocimiento y de concepción de la población indígena. La referencia a derechos y libertades fundamentales no es suficiente para reconocer jurídicamente a pueblos que se han dado sus propias normas de existencia y desarrollo. De allí que la concepción inicial que ofrece la OIT de los pueblos indígenas, representa un enorme avance respecto a la cultura colonizadora y opresora que ha operado durante varios siglos, al incorporar aspectos decisivos de dichos pueblos.

Afortunadamente, el citado Convenio no se queda en el planteamiento general antes citado, sino que va incorporando el reconocimiento de las tradiciones y derechos de los pueblos indígenas en el marco constitucional. Por esa vía se despeja con más claridad el camino para el reconocimiento. Un aspecto fundamental es, por ejemplo, la noción de identidad como un criterio indispensable para la legitimación de los pueblos indígenas. Se trata de una iniciativa que, entendemos, ha de partir de dos enfoques básicos: por un lado, la identidad que los mismos pueblos se atribuyen y a través de la cual se cohesionan y se hacen conocer frente a otros pueblos, y, por otro lado, la política de reconocimiento por parte de otros pueblos. Es un proceso histórico, dialéctico, que ha sido fruto de luchas, movimientos de resistencia y reivindicación.

En términos más concretos, el Convenio 169 ya adelanta diversos aspectos que van a ser recogidos en las legislaciones, por ejemplo, en la ecuatoriana de 2008. Se señala, en primer lugar, la necesidad de que los gobiernos coordinen con los mismos pueblos indígenas las acciones destinadas a proteger sus derechos, lo cual supone evitar las condiciones para que se produzcan procesos de discriminación. Esto supone que dichos pueblos tengan garantizada su participación a través de la respectiva legislación. De igual modo, exhorta a que se promuevan los derechos sociales y culturales, el reconocimiento de tradiciones e instituciones, así como la eliminación de las diferencias económicas y sociales que suelen tenerse con la comunidad nacional. Este último es un aspecto decisivo considerando que la desigualdad, especialmente económico-social, que ha existido entre los pueblos indígenas y el nivel del resto de las poblaciones no indígenas, es un problema que se ha mantenido desde la colonización hasta hoy. Se agrega a esto la necesidad de que los pueblos indígenas no sean afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales por ninguna forma de coerción.



En segundo lugar, encontramos en el citado Convenio la exigencia de que se adopten las medidas necesarias para garantizar existencialmente los derechos de los pueblos indígenas, esto es, los relacionados con la persona misma, las instituciones, los bienes, el trabajo y el medio ambiente. Se trata de un señalamiento general y a la vez decisivo en la medida en que se refiere a los pueblos indígenas concebidos tanto desde el punto de vista individual como en relación a la existencia de la comunidad y todo el contexto de derechos que ella supone. En tal sentido, se propone adoptar las medidas para que los pueblos puedan expresar sus intereses con plena libertad, ejercer sus derechos ciudadanos, reconocer y respetar sus valores y prácticas sociales, adoptar las medidas que faciliten las condiciones de vida y trabajo.

Finalmente, el Convenio se refiere a una necesidad fundamental que es precisamente un aspecto relacionado con el sentido de la presente investigación. Se trata del deber de los gobiernos de que todas las medidas relacionadas con los pueblos indígenas sean consultadas especialmente a través de sus asociaciones representativas. El Convenio advierte que las consultas han de realizarse de buena fe con el fin de lograr el consentimiento. No obstante, como se sabe, las consultas no son suficientes. Por ello se plantea también la necesidad de que los pueblos indígenas puedan participar soberanamente en los organismos de carácter electivo o administrativo.

Este es un paso esencial pues permite a dichas poblaciones la posibilidad de hacer valer sus derechos no solamente de un modo indirecto sino también a través de la participación directa en las instituciones de un país, especialmente las de carácter parlamentario pues en ellas se toman decisiones que se expresan en el orden jurídico e institucional. Esto facilitaría, más allá del sentido de exhortación que en buena medida tiene el Convenio, que los pueblos puedan establecer sus prioridades como comunidad establecida históricamente y cohesionada con tradiciones culturales que deben ser consolidadas en los tiempos actuales y, por otro lado, que puedan participar en los ámbitos legislativos y de otras instituciones donde se toman medidas que pueden afectar sus condiciones de vida.

Todo lo anterior no significa que se deban tomar decisiones que solamente los pueblos indígenas puedan adoptar e implementar. También se espera que los gobiernos tomen medidas a favor de dichos pueblos relacionadas, por ejemplo, con sus condiciones de vida, trabajo, salud, etc. Un punto que vale resaltar en este sentido es la necesidad planteada por el Convenio de que los pueblos indígenas participen en todas las iniciativas relacionadas con la evaluación de



las incidencias de las medidas que afecten las condiciones de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

Más adelante se hará referencia a los aspectos específicamente jurídicos que la OIT plantea en relación con los pueblos indígenas. Por ahora valga subrayar que la concepción de los pueblos indígenas no supone un ejercicio de denominación estático que pueda encerrarse y cristalizarse en una fórmula o en una definición, sino que la concepción de los pueblos indígenas debe estar en sintonía con los avances que estos han logrado sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX. Se trata de un ejercicio interpretativo de carácter antropológico, político, social y cultural que debe atender las reivindicaciones que los pueblos han logrado con el paso del tiempo. También han de destacarse los desafíos que supone ese proceso de reivindicación. Se considera que son decisivos los planteamientos antes vistos, referidos al orden legislativo y administrativo. Dada la importancia de la cuestión jurídica para consolidar la concepción de los pueblos indígenas, esta se considerará en una sección aparte donde se retomarán, por ejemplo, los señalamientos que ha hecho la OIT.

Diferentes denominaciones del indígena

Otro ángulo que puede ser utilizado para dar cuenta de la percepción de los pueblos indígenas corresponde al ámbito de lo lingüístico. Las diversas maneras como el indígena ha sido nombrado, expresa las formas de comprensión que ha suscitado históricamente. En tal sentido, a continuación, se va a hacer referencia a estas maneras de referirse al indígena. Se trata de un fenómeno antropológico cuyo origen ha estado relacionado con diversos contextos culturales.

Indios

Cristóbal Colón, si bien por ambición y por su espíritu aventurero, puso en riesgo su vida a finales del siglo XV cuando inició su histórica travesía que le permitió arribar a un nuevo mundo para los europeos, un mundo que fue visto por el genovés como el descubrimiento del lado occidental de la India. Esta historia, y todas las del mismo tipo que se fueron produciendo con el apoyo de los imperios europeos, especialmente el español, dieron lugar al uso de términos, como “indio”, a través del cual se nombraba a la población “descubierta”. Es necesario advertir que el término “indio” no engloba a todas las poblaciones indígenas. El error en el que incurrió Colón fue el de nombrar como indios a todos los habi-



tantes de Abya Yala. Y esto supone excluir a las poblaciones indígenas de los pueblos de África, Asia, y Oceanía que no tienen nada que ver con el “descubrimiento” de América.

Detrás de esa denominación existe una mirada antropológica y etnográfica que concibe al indio a partir de sus características fisonómicas, vale decir, el color de su piel, la forma del rostro, de los ojos, el tipo de cabello, la estatura, etc., a lo cual se acompaña el tipo de vestimenta. Desde esta mirada, que hace énfasis en la diferencia que existe entre el europeo blanco y el indio, visto como otro, se va conformando la cultura y la política del racismo anudada con el interés de explotar y oprimir. El proceso de conquista y colonización estuvo marcado por ese mecanismo político, antropológico y cultural que empezó a ser visto como una manera de generar riquezas y de consolidar el dominio.

No obstante, es necesario recordar que ya durante la conquista y sobre todo durante la colonización, empezó a producirse en todos los territorios de América que estaban bajo el dominio español, un proceso de cruce entre blancos e indios, blancos y negros, negros e indios, que produjo un espectro muy amplio de mestizaje que se ha desarrollado hasta hoy. De allí que se observe una gran heterogeneidad que parte de las mismas diferencias que existían entre los pueblos indígenas, y las que también se apreciaban entre las diversas poblaciones que entraron en contacto durante la colonización. No se puede hablar entonces de una realidad homogénea, sino de una diversidad cultural, antropológica, etc., tal como se aprecia en las diferencias que existen, por ejemplo, entre la población mestiza e indígena mexicana, argentina o ecuatoriana.

Se trató, en definitiva, de un largo proceso demográfico y cultural que, si bien en sus inicios tuvo ciertas limitaciones y restricciones por razones de tipo religioso o por el solo hecho racial, fue ampliándose cada vez más hasta el punto de que el mestizaje se convirtió en uno de las características más significativas de algunos países, incluso de aquellos con una considerable población indígena, sin que ello afectara la permanencia de numerosos pueblos indígenas que cuidaron la identidad de una historia que se había iniciado antes de la conquista española.

En este contexto conviene hacer referencia a la cuestión jurisdiccional. Si bien el proceso de mestizaje ha tenido lugar especialmente bajo la hegemonía de los blancos españoles y luego de los blancos criollos que establecieron sus formas de dominio a través del orden jurídico del estado nación, todavía



hoy imperante, los pueblos indígenas desarrollaron sus mecanismos de orden social con el fin de hacer valer su concepción de la justicia. Más adelante analizaremos el sentido y el alcance de esta concepción, así como su trasfondo filosófico. Por ahora es necesario subrayar que el término “indio” y la posterior adopción del término “indígena” suponían un contexto histórico, político y jurídico cuyas consecuencias pueden apreciarse en diversos países donde la cuestión del reconocimiento del derecho indígena sigue siendo una reivindicación fundamental.

Minorías

Si bien la población indígena en algunos países es numerosa, se puede afirmar que, en términos proporcionales, representa una minoría respecto a la población mestiza. Aunque es necesario advertir que el asunto no debe ser visto desde un punto de vista meramente demográfico, y aun siendo tratado así, existen minorías tan numerosas que representan un sector considerable de la población de algunos países. Uno de los casos representativos de ello es el de Estados Unidos donde la población afro y la población latina constituyen un porcentaje tan grande que suele hablarse de las “grandes minorías” de ese país. Y si bien es variable el porcentaje de población indígena en los casos de México (21,5%), Guatemala (45%), Bolivia (48%), Perú (12,5%), Chile (9%), Colombia (3,4%) o Ecuador (6,4%), la población indígena, independientemente de su cantidad, se ha constituido en una colectividad que ha venido jugando, desde hace cientos de años, un papel permanente y sustantivo en el seno del así llamado Estado-nación.

En el caso del Ecuador, ciertamente, se puede hablar de la población indígena como una minoría (6,4%, según el estudio citado, y 8% según cifras del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021), pero se trata de una población que ha tenido permanencia y que se ha consolidado históricamente a través de una vinculación ancestral con la tierra donde han vivido y se han desarrollado como comunidad. Y sobre todo es importante destacar la riqueza y la diversidad de pueblos y nacionalidades indígenas que existen en el Ecuador. Tal como se indica en el Plan Nacional de Desarrollo antes citado, existen 14 nacionalidades indígenas y 18 pueblos indígenas. El estudio Indigenous World 2019 señala que el 78,5% de la población indígena vive en el sector rural y el 21,5% vive en el sector urbano. En el caso del Ecuador la diversidad de la población indígena, aun siendo minoría, constituye un aspecto determinante en la vida del país, tal como lo ha puesto en evidencia, por ejemplo, la CONAIE en las diversas manifestaciones de protesta y reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.



Naturales

El término “naturales” fue empleado desde la conquista y la colonización como una manera de referirse a la población indígena desde un criterio europeo que asumía la superioridad del blanco frente a la inferioridad del indígena. Se trata de una distinción de origen racial-cultural a través de la cual se distinguía la civilización, la modernidad, la racionalidad y el progreso que se atribuía a sí mismo el mundo europeo frente a la barbarie, el atraso y la ignorancia que se les atribuía a los “naturales”. Quizás la mejor muestra de esta visión se halla en el viejo concepto de estado naturaleza, tal como fue expuesto por Thomas Hobbes o por Immanuel Kant, quienes se plantearon la idea del derecho natural como una suerte de hipótesis desde la cual se podía fundamentar el estado a través del derecho positivo.

La condición básica de esa fundamentación consistía en hacer irreversible el paso del derecho natural al derecho dictado por el estado, de tal modo que solo este derecho debía valer, en definitiva, dejando de lado, absolutamente, el derecho natural. Esto permitía, por ejemplo, que el concepto de derecho natural pudiera utilizarse para ilustrar el caso de los “pueblos de América” sin que ello significara alentar ningún tipo de reivindicación, sino, más bien, como ejemplo de la distancia y la diferencia que existía entre ellos y la sociedad europea ya organizada bajo el derecho positivo y dispuesto a imponerlo a las colonias. Una prueba fehaciente de la manera como se manifestaba la exclusión y discriminación de la población indígena, vista como los “naturales”, se halla, por ejemplo, en la tendencia de no incluir a los indígenas en los registros, documentos, sentencias o, en todo caso, en la referencia a ellos de un modo excluyente y discriminatorio.

Y si bien se puede afirmar, en teoría, que “los naturales” que viven en “estado de naturaleza” podrían tener el “derecho natural” a vivir y desarrollarse como sociedad, en la práctica la concepción del derecho natural, producto de la mentalidad europea, fue vista como una formulación abstracta e hipotética que debía dar paso al derecho positivo que es el que se convertiría en la fuente de toda jurisdicción para decidir sobre todo lo relacionado con el ámbito de la justicia. Este es, sin duda, uno de los antecedentes desde los cuales se fue consolidando la idea de que la justicia indígena tenía un origen natural y no necesariamente debía coincidir con las normas previstas en el derecho positivo.

Aborígenes

El término aborigen, de acuerdo con el RAE, alude a los primeros habitantes de un territorio o lugar. Ha sido utilizado especialmente en los países que han mantenido una relación colonial con territorios conquistados, tal como en el



caso de España. El uso del término se ha extendido sobre todo en sentido peyorativo, derivado de las relaciones de dominación y servidumbre que se han creado en las colonias. Se suele hablar en ese sentido de los pueblos originarios con una carga semántica de distanciamiento y, en el fondo, de negación. Aun cuando el término también ha sido utilizado como una forma académica para tratar la historia de Ecuador.

Este término de cierta manera explica las propiedades de los lugares donde los pueblos desarrollan su vida, se asocian al paisaje geográfico, a los fenómenos naturales, así como al universo, en términos generales se trata de una denominación que supone asumir la distancia que existe entre la civilización y los hombres originarios de un territorio. En ese sentido, "aborigen" conserva un significado valorativo de aquellos pueblos que no han alcanzado la civilización o que no se habían encontrado con ella, tal como sucedió con el "descubrimiento de América". El aborigen es visto como un ser anterior a la historia que se auto atribuye la cultura europea. Desde esta perspectiva la historia de los aborígenes se inicia a partir de su "descubrimiento".

Por ello se puede afirmar que el término "aborigen" ha servido tanto para referirse cándidamente a las poblaciones originarias de un territorio, como para imponer una distancia cultural y social frente aquellos a quienes se considera inferiores y bárbaros debido a que no han llegado al nivel de la civilización, tal como fue concebida por los europeos. La así llamada "cultura occidental" se presenta como una condición histórica superior frente a aquellos a quienes se considera desprovistos de formas e instituciones surgidas, por ejemplo, en Grecia, y desarrolladas en las épocas moderna y contemporánea. Sin tomar en cuenta los valores y procesos comunitarios de identidad y realización de los pueblos originarios, el término aborigen termina siendo atribuido al indígena desde la carga semántica impuesta por la cultura europea.

Tribales

Tal como se ha visto antes, al referirse a los pueblos indígenas, la OIT utiliza también la denominación "tribales" cuando en el citado Convenio se refiere a los "Pueblos indígenas y tribales". En este sentido se puede advertir que en el Convenio no existe una distinción semántica entre pueblos indígenas y pueblos tribales. Tan solo se encuentra una alusión a los pueblos tribales cuando se les atribuyen "condiciones sociales, económicas y culturales que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total y parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una



legislación especial". Y si bien es apreciable el principio de identidad que se le atribuye a los pueblos tribales, se puede advertir claramente que en el citado Convenio se les identifica con los pueblos indígenas. No existe allí una conceptualización que los distinga. Se observa que la denominación "pueblos indígenas y tribales" es utilizada en el título del Convenio y a lo largo de todo el texto.

Por este motivo, si consideramos el valor semántico que suponen el "uso" del lenguaje, se podría sostener que el significado de pueblo tribal es igual al significado de pueblo indígena, tal como ha sido indicado anteriormente. Esta identificación de los términos supone un avance pues el término tribal fue usado antes, de un modo despectivo para referirse a pueblos atrasados. En definitiva, cabe subrayar que en los documentos oficiales los pueblos tribales son concebidos de la misma forma que los pueblos indígenas y, en esa medida, se les reconoce su libertad de identificación y determinación como pueblos con sus tradiciones y costumbres. Desde el punto de vista jurídico estos aspectos lingüísticos representan un avance en el reconocimiento de los derechos que poseen los pueblos tribales.

Primitivo

Al revisar cierta literatura académica, especialmente en sus temáticas historiográficas y antropológicas, se puede observar la referencia al "hombre primitivo". En el caso, por ejemplo, del Ecuador, se encuentran estudios sobre el poblamiento de América, donde se suele hablar de la indagación en torno a las "características morfológicas, relatos y leyendas del hombre primitivo", sus rutas migratorias y su pensamiento. Se trata de un tipo de exploración donde el estudio del "hombre primitivo" es desarrollado de un modo que intenta ser científico, sin adjetivaciones que tiendan a menospreciar a los primeros pobladores de América.

Se encuentran, por otra parte, los conocidos estudios antropológicos, como el que desarrolló Levi Strauss, referido a las sociedades primitivas, consideradas como agrupaciones dominadas por el pensamiento salvaje. Por otro lado, existe aquella literatura, donde se muestra una lectura de dudosa científicidad y sobre todo sesgada en su consideración del "hombre primitivo" como aquel que surgió y se ha mantenido al margen de la civilización occidental de origen europeo. Es el caso, mencionado por Carlos Pérez Guartambel, de la Enciclopedia Salvat, cuando se refiere a las sociedades primitivas.



En el fondo, se trata de una concepción que ve al hombre primitivo perteneciendo a un nivel inferior en la historia de la humanidad, evaluado desde el rasero de la cultura occidental, desprovisto de la racionalidad, de la técnica y sobre todo de la idea de progreso. En definitiva, un salvaje, ignorante y atrasado al cual no se le atribuye ningún tipo de derechos. Este es el aspecto fundamental que interesa destacar en la presente investigación. Esta denominación, así como otras que aquí se consideran, han servido de antecedente y soporte para desconocer los derechos de los pueblos indígenas en tanto son vistos precisamente como descendientes del hombre primitivo o, peor aún, considerados todavía como "hombres primitivos" que deben ajustarse en definitiva a la legislación de los estados nacionales y al rigor que impone el derecho positivo determinado por la cultura europea que es precisamente la que ha valorado de un modo dicotómico (salvaje frente al civilizado) al hombre primitivo. Se puede sostener en ese sentido que los usos del lenguaje han sido una forma determinante de los procesos de opresión de los pueblos indígenas.

Salvaje

El término "salvaje" es quizás una de las denominaciones más fuertes y agresivas que se suelen utilizar para referirse a los pueblos indígenas. Su uso suele estar referido a pueblos bárbaros, sin escrúpulos, sin compasión, sin alma, movidos por la violencia. Se trata de una concepción que ha recorrido la historia de la cultura occidental, y si bien se encuentran destacados estudios como el de Levi Strauss, ya citado, dedicado a mostrar las características de la mentalidad y las costumbres de los así llamados "pueblos salvajes", es necesario poner de relieve que el uso del término "salvaje" ha estado cargado de supuestos que parten de la existencia del extraño, como aquel que se presenta en las antípodas del pensamiento racional. Tal como lo ha mostrado, por ejemplo, Oscar Muñoz Morán, la imagen del salvaje suele estar asociada a la idea del otro entendido como bárbaro, bruto, monstruoso. Desde la antigua Grecia, pasando por la época medieval, hasta los tiempos contemporáneos, el término "salvaje" suele usarse de un modo grotesco e incluso fantasioso. El autor señala que en el momento de la llegada de españoles y portugueses en el siglo XV se planteó la cuestión de llamarlos buenos o malos salvajes, y terminó predominando la concepción negativa que descalificaba en términos humanos la condición del hombre recién "descubierto".

Se puede advertir que el uso que se le ha dado a lo largo de los siglos al término "salvaje" es lo que ha llevado, por ejemplo, al RAE, a definirlo en atención a la existencia de grupos humanos que no han alcanzado la civilización. Y en



este sentido, no resulta extraño que se hayan concebido como equivalentes a la condición del animal que no ha sido domesticado. Si el hombre ha sido concebido tradicionalmente como distinto al animal, resulta entonces revelador que el así llamado hombre salvaje sea visto como semejante a los animales. Se trata de una concepción que hizo valer, y todavía lo sigue haciendo, una mirada despectiva, arrogante, aplicable a cualquier tipo de población que no se desenvuelve según los cánones, por ejemplo, de la civilización ilustrada.

Se trata, en definitiva, de un término que representa un testimonio de los diversos modos como la cultura occidental ha impuesto su hegemonía lingüística expresada en diversas manifestaciones del lenguaje escrito y hablado. El término "salvaje" se ha incorporado al lenguaje cotidiano y es un signo de rechazo social y cultural. Difícilmente un pueblo que sea calificado bajo esta denominación será reconocido como portador de derechos y, mucho menos, con la posibilidad de ejercerlos. En suma, se trata de un término que, tal como lo hemos visto con otras denominaciones, no sólo tiene implicaciones antropológicas y culturales, sino también de orden jurídico pues no se reconocerán los derechos y la jurisdicción de aquellos a los que se ha etiquetado como salvajes.

Nativo

El término "nativo" se ha utilizado tradicionalmente, conforme a su significado original, referido al lugar de nacimiento de un individuo o población, independientemente de su condición étnica o cultural. Se ha empleado en diversos momentos de la historia, incluso en las publicaciones de corte académico, el cual nace de la geología (sitio territorializado). Pareciera que el término no ha tenido un uso peyorativo o discriminador. No obstante, en la medida en que ha sido empleado para denotar a individuos o grupos distintos o extraños a aquellos a quienes los descubren, visitan o investigan, encierra una carga negativa que suele ser desapercibida. Es un término, en suma, que puede resultar ambiguo en su uso. Ha sido utilizado en diversos tipos de literatura o en el habla cotidiana para referirse a aquellos que han nacido originalmente en determinado territorio, pero también ha sido utilizado para referirse a aquellos a quienes también se ha llamado bárbaros o salvajes, es decir, aquellos que no han alcanzado el grado de civilización que es considerado como superior.

Bárbaro

A los pueblos indígenas se les ha visto tradicionalmente viviendo un estado de barbarie. La conocida clasificación que estableció Henry Morgan al dividir la evolución de la humanidad en diversos estadios entre los cuales se destaca el sal-



vajismo, la barbarie y la civilización, se convirtió en un referente. Se trata de una mirada que ha venido cambiando en los últimos tiempos, pero que tuvo una larga historia en América Latina especialmente a través de la célebre distinción que estableció Sarmiento entre civilización y barbarie. Sarmiento se refiere en su obra de un modo elocuente a la lucha entre "la civilización europea y la barbarie indígena, entre la inteligencia y la materia", y sobre todo trata de hacer valer su discurso al poner en tensión los logros y retrocesos que venían afectando a la Argentina a finales del siglo XIX. Valga asimismo destacar que en Las Catilinarias del escritor ecuatoriano Juan Montalvo, los significados de barbarie y civilización adquieren un giro discursivo fundamental, pues el autor veía la barbarie en la situación política de su tiempo mientras que él se presentaba como el símbolo de la civilización. Se puede sostener que a través de los usos historiográficos o políticos del término "barbarie", siempre se le ha confrontado con la idea de civilización. Desde esa perspectiva, el abordaje de la situación indígena ha estado en muchos momentos determinado por esa visión dicotómica de la historia de la humanidad.

Indígena

Si bien el término indígena es utilizado como una denominación oficial por parte de organismos internacionales, nacionales y por diversos movimientos y organizaciones sociales y políticas en el mundo y, en especial, en América Latina, es conveniente recordar que dicho término surge desde el momento en que los conquistadores llamaron indios a los pueblos que habían encontrado en sus viajes que emprendieron desde Europa. "Indígena" e "indio" han venido siendo utilizados como sinónimos o como términos separados conforme al punto de vista y la concepción del mundo que se desea defender. Valga la pena destacar de nuevo el estudio de Carlos Pérez Guartambel, quien se ha referido al uso del término "indígena" en diversos contextos. El hecho mismo de que el autor titule su estudio Justicia indígena es una muestra de la adopción y aceptación que ha tenido dicho término incluso en defensores muy documentados en la historia de los derechos de los indígenas ecuatorianos.

Valga destacar, asimismo, que un documento internacional como el Convenio 169 de la OIT se titule y haga abundantes referencias a "los pueblos indígenas". Considerando que se trata de un convenio suscrito por un numeroso grupo de países latinoamericanos, se puede inferir que se trata de una terminología que ha sido ampliamente aceptada a pesar de los orígenes polémicos que tuvo en sus inicios. Pérez Guartambel se ha ocupado de mostrar desde diversos ámbitos el carácter discriminatorio de la terminología a través de la cual se hace referencia a los indígenas. Sin embargo, como decíamos antes, Pérez Guartambel



utiliza un término que ha tenido diversos usos en la historia cultural y jurídica latinoamericana y ecuatoriana, y lo asume como un modo de concebir la realidad que ha estudiado. A este respecto, es importante señalar que precisamente un documentado trabajo como el suyo, dedicado a defender los derechos de los indígenas, haga un uso lingüístico que, si bien ha sido objeto de debate, a la larga, debido a los usos del lenguaje, termina asumiéndolo con toda la carga semántica que ello supone. Lo más importante es que, aceptado el uso de la denominación “indígena”, se ofrezcan todos los argumentos que permiten legitimar la justicia indígena y, con ello, el conjunto de reivindicaciones por las que han luchado y siguen luchando los pueblos ecuatorianos y latinoamericanos.



Cap 2 **Aspectos culturales e históricos de los pueblos indígenas**



En estos tiempos se ha producido una importante reemergencia de las nacionalidades indígenas en la región, así como el fortalecimiento de sus pueblos y la consolidación de sus agrupaciones en movimientos políticos en el contexto nacional e internacional. Al mismo tiempo han tenido lugar modificaciones fundamentales en el Estado, debido a las reformas en el marco legal y constitucional, la reinstalación demográfica, así como la iniciación de procesos de descentralización en empresas y servicios públicos (privatización y administración). A su vez, las organizaciones de asistencia y control técnico



y financiero, sumadas a instituciones de cooperación para el desarrollo, han cambiado sus metodologías enfocadas a la creación de procesos para el financiamiento y la orientación de planes de descentralización, modernización y desincorporación del Estado, con el fin de condicionar el apoyo a una mejor participación de las organizaciones en conjunto de la sociedad.

En este contexto de cambios, la cuestión indígena en Latinoamérica se puede entender como un triángulo que se conforma por las dinámicas de las naciones indígenas, las reformas del Estado y los escenarios internacionales. A su vez se asocian otros aspectos, como el cambio en la percepción y la actitud social frente a la pluriculturalidad, las modificaciones de los modelos económicos, así como los planes para combatir la pobreza en el marco de la confrontación de la tensión entre naciones a nivel global. La irrupción del pueblo indígena, considerado como un sujeto social, y de las diversas organizaciones que empezaron a jugar un rol político, supone diversas dinámicas que se interconectan entre sí, entre las que se destaca la construcción de plataformas de lucha para la reivindicación de derechos, que incluyen cambios en la constitución del Estado, en donde se reconoce el sistema jurisdiccional y legal de los pueblos indígenas.

Las reformas al Estado en la mayoría de países, aceptan las modificaciones legales y constitucionales que reconocen a los pueblos indígenas con el fin de que se garantice el cumplimiento de sus derechos, así como la actualización institucional de los temas indígenas, las competencias que tratan la salud y la educación para el crecimiento de los pueblos. En asuntos internacionales, se consideran políticas, convenios, estrategias de apoyo y cooperación que trabajen con los pueblos indígenas, ampliamente discutidas en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Instituciones internacionales y usos lingüísticos

A pesar del uso generalizado del término “indígena” y de la aceptación que ha tenido, tal como se ha dicho, en organismos internacionales, nacionales y locales, se podría sostener que no existe un concepto unívoco que recoja el consenso de los diversos entes involucrados en dicho uso. Por el contrario, si se considera un texto fundamental de alcance internacional, vale decir, el Pacto de la Sociedad de Naciones a través del cual se propuso un mecanismo de coexistencia de los países mediante la así llamada “Liga de las naciones”, se puede apreciar que los estados nacionales que lograron agruparse una vez finalizada la primera guerra mundial, presentaron un texto con un nivel de generalización



tal que podía ser interpretado según los intereses particulares de las partes involucradas. Por ejemplo, el artículo 22 de dicho Pacto establece que con motivo de la primera guerra mundial los “pueblos aun incapaces de regirse por sí mismos” han de ser tutelados por estados adelantados.

Se trata, a todas luces, de un testimonio expreso de la cultura colonial y neocolonial que seguía siendo utilizada en el campo de las relaciones internacionales y, también, en el seno de cada nación. Baste señalar que, en el caso del Ecuador, un país constituido por diversas nacionalidades y pueblos indígenas que, a pesar de no haber participado en la mencionada guerra, asumió ese esquema de subordinación de “los pueblos” que no pueden autodeterminarse. Se trata de una forma de legitimar la dominación a partir de la desigualdad que existe entre los pueblos. En este caso, los pueblos indígenas entran en esta caracterización neocolonial y pueden ser sometidos a la conducción del estado sin que ello amerite consulta y participación de sus habitantes. Se podría afirmar que los pueblos indígenas quedaban así concebidos como pueblos tutelados.

Con el fin de la segunda guerra mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se estableció, en 1957, un nuevo instrumento normativo, a través de la Organización Internacional del Trabajo, dirigido especialmente a proteger a los pueblos indígenas y tribales. En este caso se observa que la visión expuesta en 1919 no cambia sustancialmente, sino que establece, a lo largo de todo su articulado, un conjunto de preceptos de carácter asistencial que tienden a reconocer, proteger y respetar a los pueblos indígenas.

Esto no significa que los pueblos indígenas dejen de ser tutelados a través de los mecanismos políticos y jurídicos del Estado. Se podría sostener, más bien, que dicha tutela se establece de un modo orgánico, y trata de cubrir los diversos aspectos de los pueblos indígenas, desde sus tradiciones, su lengua, sus tierras, hasta su autonomía jurisdiccional. Mientras que en 1919 el indígena, en tanto pueblo que no puede regirse por sí mismo, es claramente sometido a la jurisdicción del Estado sin que intervengan consideraciones relacionadas con la historia y la autonomía de estos pueblos, en 1957 se plantea a través de múltiples aspectos ese proceso de tutelaje. El Estado sigue gozando plenamente de su derecho a intervenir en los asuntos de cualquier pueblo y, a lo sumo, puede permitir que haya el ejercicio de ciertos derechos siempre y cuando no colidan con el derecho positivo y especialmente con la constitución de dicho estado.

Es con el Convenio 169 de la OIT ya antes citado, suscrito en 1989, cuando la Organización de las Naciones Unidas, si bien mantiene la concepción



de que los pueblos indígenas permanezcan tutelados por el Estado, amplía el conjunto de derechos de dichos pueblos y establece un conjunto de aspectos reivindicativos que no solamente se expresan en el orden cultural, social y económico, sino también en el ámbito jurídico y jurisdiccional. En este caso se reconoce la existencia de la justicia indígena en algunas de sus manifestaciones, se le atribuyen derechos de participación y decisión a las organizaciones indígenas y, en general, se les otorga a los pueblos indígenas un status político y jurídico mucho más explícito, tal como ha sido recogido en diversas constituciones de América Latina y, concretamente en el caso del Ecuador con la Constitución de 2008.

Se podría sostener que el rol que han jugado las organizaciones internacionales y los Estados en atención al lugar y al valor histórico político de los pueblos indígenas, se expresa también en el uso de términos como “indianismo” e “indigenismo”. En el caso del indianismo se puede hablar de una concepción cándida del indio, que reconoce su cosmovisión y sus costumbres, pero concebido como un ser inocente y cuyo comportamiento permitiría verlo como un “buen salvaje”, tal como se refirió Rousseau a las comunidades que no habían desarrollado la sociedad civil y el Estado tanto en Europa, pero sobre todo tomando como referencia los pueblos de América.

En el caso del indigenismo se puede advertir el interés de reivindicar los derechos históricos de los indios y, en ese sentido, se ha planteado la necesidad de denunciar la explotación y la discriminación a la que han sido sometidos. Mariátegui, por ejemplo, fue uno de los mejores exponentes de esta posición de defensa y reconocimiento histórico del indigenismo en Perú y en América Latina. Del mismo modo, puede observarse la amplia y versátil reivindicación del indígena presente, por ejemplo, en el muralismo mexicano, o la diversidad de posiciones que se han planteado en el caso del Ecuador.

En síntesis, se puede advertir la existencia de un cierto paralelismo entre la visión de los pueblos indígenas que fueron desarrollando algunas organizaciones internacionales y las diferencias lingüísticas que suponían igualmente cambios en la percepción del indígena. En ambos casos, se puede decir que la evolución del indígena en el ámbito internacional y en su correspondiente denominación, han puesto de relieve no solamente la necesidad de reivindicar culturalmente a los pueblos indígenas, sino sobre todo que esa reivindicación haya sido expresada de un modo explícito en sus luchas sociales, políticas y jurídicas.



Lo indígena y su configuración histórica. Problemas y logros

En los documentos oficiales de carácter internacional antes considerados hemos podido observar cambios en la concepción de los pueblos indígenas que muestran, ciertamente, determinados avances en el reconocimiento de la existencia y los derechos de dichos pueblos. A continuación, se van a destacar brevemente dos aspectos que permiten apreciar el estado en el que se encuentran los problemas y logros que han girado en torno a la cuestión indígena.

Comunidad y naturaleza vistas desde la perspectiva indígena

Es necesario tomar en cuenta, fundamentalmente, la presencia de los pueblos indígenas a partir de su constante proceso de resistencia con el fin de ser respetados y reconocidos como pueblos. Es importante destacar que la reivindicación de la comunidad indígena constituye uno de los aspectos medulares de ese proceso de resistencia. La comunidad supone una concepción donde predomina lo social sobre lo individual, donde es visible el principio de la solidaridad, el trabajo colaborativo y, en general, un modo de vida, de hábitos y costumbres donde está presente sobre todo la pertenencia y a su vez la participación de todos.

En ese contexto es indispensable destacar la relación que se establece con la naturaleza. En los tiempos actuales, cuando se ha reivindicado cada vez más el cuidado del medio ambiente debido a los efectos catastróficos que ha venido produciendo la contaminación y la agresión a la naturaleza, se puede apreciar mejor el valor de la relación que los pueblos indígenas han desarrollado con la tierra, con la flora, la fauna, las aguas, utilizadas de un modo armónico y siempre respetuoso del medio geográfico que les rodea. No se trata de una relación que se ha desarrollado ingenuamente sino desde una cosmovisión que ha considerado a la naturaleza como una fuente sagrada que proporciona todos los beneficios de la vida y que, por tanto, no se debe perjudicar. La población, durante mucho tiempo, no ha podido comprender el vínculo que tienen las naciones indígenas con la tierra, pues se han considerado como pueblos que impiden el desarrollo y progreso de las ciudades, siendo minimizados, amenazados y en muchas ocasiones sido eliminados.

Autodeterminación, socialidad y resistencia

Tal como lo han afirmado filósofos y antropólogos, el hombre es libre por naturaleza y ello supone que el desarrollo de su existencia esté determinado bajo el principio de la autonomía individual o la del grupo, comunidad o pueblo al



cual pertenece. El principio de la autonomía está entrelazado con el principio de lo común, y de allí que la idea de comunidad suponga un modo decisivo para poder encarar el peso de las formas políticas de la cultura occidental. Como se sabe, el Estado nación, formado bajo el principio de representación y bajo una pirámide jurídica, fue el que sirvió de soporte para subyugar a los pueblos indígenas. La idea de comunidad y la cosmovisión de los pueblos indígenas no fueron suficientes para organizar un proceso de resistencia victorioso, pero ha sido, sin embargo, una fuente decisiva para mantener y lograr avances en ese proceso de resistencia. El principio de autodeterminación ha sido esencial en ese contexto.

Por otro lado, la cultura europea, especialmente con el desarrollo de la modernidad, concibió la sociedad desde lo que Hegel y Marx llamaban “el mundo de la necesidad” a partir del cual se desarrolló el proceso de intercambio competitivo desde una posición individualista. Lo social se concibió determinado bajo el principio de la “insociable sociabilidad” y de la guerra como ejes que definían la sociedad moderna. En contraste, es necesario subrayar que la socialidad de los pueblos indígenas ha estado regida por la idea de comunidad. Mejor dicho: antes que hablar de sociedad es necesario hablar de comunidad, donde sobresale el valor de la identidad como un mecanismo de autocomprendión y autorreconocimiento. Ese proceso no conduce a formas individualistas de competencia y apropiación, sino, como hemos dicho, a la solidaridad y al mutuo reconocimiento. No obstante, como se sabe, ese proceso no fue suficiente para enfrentar las diversas formas de dominación, exclusión y discriminación que se produjeron desde la conquista y la colonización, y que hoy persisten bajo formas que, con toda propiedad, se han llamado neocoloniales.

Considerando lo anterior, se puede sostener que, históricamente, los indígenas han sido afectados por corrientes histórico-políticas (como en el caso de la conquista y la colonización) que siempre pretendieron tener una superioridad cultural y moral sobre los pueblos indígenas, y ello les permitía hacer un supuesto uso legítimo de diversas iniciativas políticas, económicas y jurídicas que les condujo a establecer normas que, en el fondo, suponían un proceso de exclusión, segregación y discriminación. Frente a estas corrientes, los indígenas desarrollaron diversos movimientos de resistencia que se han mantenido hasta hoy. Se trata de un proceso que se manifestó en actividades guerreras, en el mantenimiento de las tradiciones y costumbres que se habían consolidado históricamente y en la capacidad humana para resistir la opresión incluso hasta el momento de la muerte.



No obstante, la opresión no necesariamente condujo al aniquilamiento de los indígenas, sino que se desarrolló bajo diversas formas de dominación. Aquí llama la atención el hecho de que la esclavitud, la explotación económica, las misiones dedicadas a convertir las creencias ancestrales en favor de la religiosidad cristiana, la toma de las tierras y, en definitiva, el progresivo desplazamiento de las costumbres y tradiciones desde la hegemonía político-cultural que se venía imponiendo, hizo, asimismo, que los indígenas desarrollaran nuevas formas de resistencia, adaptadas al nuevo orden político, con suficiente fuerza como para hacerse valer y ganar en algunos aspectos el terreno perdido. Es precisamente en el campo político y jurídico, como veremos, donde se han evidenciado notables avances.

Nacionalidades indígenas: El caso ecuatoriano

De antemano, es necesario señalar que los indígenas en Ecuador representan alrededor del 7% de la población ecuatoriana. En el país hay cinco grandes grupos étnicos: mestizos, blancos, afroecuatorianos, montubios e indígenas. Los indígenas están compuestos por trece nacionalidades y muchas otras que aún no han sido reconocidas oficialmente. Tal como se ha indicado, la población indígena de Ecuador es de aproximadamente 1.1 millones de una población total de 16.464.448 de habitantes. Existen 14 nacionalidades indígenas agrupadas en organizaciones locales, regionales y nacionales. 24,1% de la población indígena vive en la Amazonía, dividida en 10 nacionalidades. De la población andina de origen Kichwa, 7,3% vive en las montañas del sur y 8,3% vive en la región costera y en las Islas Galápagos. Sin embargo, el 60,3% vive en las seis provincias del centro-norte; de estos, el 87,5% todavía vive en áreas rurales y el 21,5% en el sector urbano. Los Shuar, que forman una nación de más de 100.000 personas, tienen una fuerte presencia en tres provincias del centro sur amazónico, donde representan un porcentaje significativo de la población total; el resto se extiende en pequeños grupos en todo el país. Hay diferentes nacionalidades con muy poca población que se encuentran en una situación altamente vulnerable, como las de Amazonas, el A'i Cofán (1.485 hab.); el Shiwiar (1.198 hab.); el Siekopai (689 hab.); la Siona (611 hab.); y el Sapara (559 hab.); y en la costa, el Épera (546 hab.) y la Manta (311 hab.).

De allí que sea necesario plantear que, en un marco complejo como el ecuatoriano, la comprensión y abordaje de su largo proceso histórico siempre ha de reconocer la heterogeneidad de la población indígena y las necesidades especiales de cada grupo. Aunque esta heterogeneidad podría verse como un activo y una ventaja histórica cultural, en realidad siempre hizo difícil planificar y formular políticas inclusivas. De hecho, la sociedad ecuatoriana es fuertemente



desigual pues los grupos de blancos y mestizos han tenido un rol dominante y han tenido mejores oportunidades para vivir, mientras que las minorías han permanecido marginadas.

En particular, los pueblos indígenas ecuatorianos han sido desproporcionadamente pobres en comparación con el resto de la población, y han vivido (y viven) en condiciones de marginalidad y exclusión social. Entre los muchos problemas que los pueblos indígenas han debido enfrentar, se encuentran la pobreza, el despojo de sus tierras y recursos naturales, la salud precaria y la educación formal ausente. Aunque quizás lo más significativo es la ausencia de participación que los pueblos indígenas tuvieron durante mucho tiempo para hacer valer sus derechos históricos y su ámbito jurisdiccional. Es por ello que, especialmente entre finales del siglo XX y comienzos del XXI se fueron promoviendo, aunque tímida y paulatinamente, un conjunto de reivindicaciones que, de un modo progresivo, fueron expresando nuevas formas de resistencia indígena.

En el 2007, bajo la conocida revolución ciudadana se convocó la Asamblea Constituyente y se aprobó la nueva Constitución de Montecristi en 2008, basada, como hemos indicado antes, en el principio del buen vivir (sumak kawsay), un concepto holístico ancestral que se refiere a la idea de una vida plena y satisfactoria, en armonía con la naturaleza. Conforme a esta visión, el acento no está colocado en el individuo, sino en la comunidad, que es parte de la Madre Tierra (Pachamama). Se trata de una cosmovisión que se aleja radicalmente del eurocentrismo pues mantiene una visión en la que la forma de percibir la vida se basa en la convivencia pacífica entre los seres humanos y la naturaleza, sin ninguna explotación o enriquecimiento. Después de ocho años de una nueva Constitución y veinte años de ratificar el Convenio 169 de la OIT, todavía no hay políticas establecidas para prevenir y neutralizar el riesgo de desaparición de estos pueblos, y no se han creado instrumentos efectivos que podrían garantizar sus derechos colectivos, tal como se establece plenamente en la constitución vigente. Estos aspectos serán considerados detalladamente más adelante.

Esbozo histórico de los pueblos indígenas ecuatorianos y de la dominación política y jurídica española.

Una vez considerados aspectos fundamentales relacionados con la percepción y valoración de los pueblos indígenas, en el presente capítulo se van a esbozar algunos elementos históricos relacionados con la existencia de dichos



pueblos en el Ecuador antes de la conquista española. Este esbozo estará luego acompañado de una breve descripción de algunas instituciones que se fueron estableciendo durante el período de la colonización. De antemano es necesario señalar que no existe suficiente información sobre la historia de los pueblos indígenas ecuatorianos antes de la llegada de los conquistadores. En tal sentido, los estudios etnohistóricos, entendidos como aquellos que se dedican a la exploración histórica y antropológica de las comunidades originarias, siguen siendo una línea de exploración que se debe desarrollar mucho más en el contexto intelectual y cultural ecuatoriano.

El proceso que ha atravesado el pueblo indígena del Ecuador revela que estas naciones en el transcurso del tiempo no han sido estáticas; al contrario, son dinámicas, cuyos cambios han hecho frente a procesos políticos y sociales, los cuales les ha conducido a la lucha, cuyo objetivo ha sido y es la inclusión y el respeto en la sociedad, apuntando a la equidad en la ciudadanía, el cumplimiento de sus derechos y la coexistencia con la sociedad. De allí la importancia de destacar algunos momentos trascendentales que han constituido la formación de los derechos de los indígenas desde la conquista hasta la actualidad, y que definen la relación entre el Estado y los pueblos indígenas.

Ecuador desde sus inicios estuvo habitado por diversos pueblos indígenas. Su identidad se fundamentó en relación al respeto y armonía con la Tierra, conocida como la Pachamama, la cual no es considerada sólo como tierra sino como una madre proveedora y protectora que da vida, que cobija a los seres humanos y ayuda a la fecundidad; pero que, vista desde la otra cara de la moneda, la Pacha Mama tiene hambre y si no se la cuida o se la ofende puede generar enfermedades. En este contexto, valga poner de manifiesto los estudios sobre la presencia de los Caras, los Quitus y los Incas, así como el trabajo pionero del padre Juan de Velasco sobre el así llamado Reino de Quito. Se trata de un pasado que permite explorar con más énfasis las bases de la justicia indígena objeto de la presente investigación.

Los Shyris de Carán

Uno de los antecedentes más significativos en la historia del Ecuador tiene que ver con la existencia del Reino de Quito. Una historia fundamental en esa dirección se inicia con la llegada de la tribu de los Caras al norte de las costas del Ecuador, 700 años d.C. Para ese entonces fundaron la ciudad de Carán



bajo el liderazgo de Shyris. La influencia de este líder se expresó en el hecho de que los habitantes de esa tribu se denominaran Shyris. Despues de doscientos años se destaca el liderazgo que tuvo el Shyri llamado Carán, quien dirigió la movilización de la tribu desde las tierras originarias, en lo que corresponde hoy a la zona de Manabí, hacia el norte, en la región de Esmeraldas, en busca de mejores territorios.

El encuentro con el río Esmeraldas fue un episodio que los llevó a interesar- se por los materiales de fabricación humana que arrastraba el río. Esto les motivó a remontar sus aguas y les condujo, comandados por el Shyri Carán, a llegar al reino de los Quitus, alrededor del año 980 d.C. Los Caras no tuvieron que realizar un gran esfuerzo para conquistar ese reino cuyo rey murió en la batalla. Desde el punto de vista etnográfico vale la pena resaltar que ese episodio fue el origen de la mezcla de dos culturas que dieron lugar a la cultura Quito-Cara donde los Caras, ahora denominados Shyris, pasaron a ser gobernantes bajo el reinado de Shyri.

La conquista del reinado de Quitus fue una muestra de la condición guerra- ra de los Shyris quienes ampliaron su dominio a través de la conquista de varios territorios que fueron anexados mediante guerras y tratados con otros pueblos. Se comienza así a imponer una cultura, por ejemplo, en el ámbito urbanístico, con la construcción de plazas y casas que servían para hospedar a los nuevos gobernantes, en conjunto con la imposición de costumbres, religión, legislación y tradiciones que fueron direccionaladas a todo el reinado. La expansión se fue produciendo en diversos territorios. El así llamado Shyri Carán, una figura quizás equivalente al César romano, tuvo un rol determinante en la historia política del Ecuador.

Sucesivos Shyri Carán fueron conquistando lo que hoy se denomina Imbabura, luego la zona de Latacunga y Mocha. Posteriormente fracasaron en su intento de conquistar a los Puruhaes. El Shyri Carán XI es el último rey; con él se extingue la línea masculina de los Shyris de Carán, pues todos los hijos y sobrinos del Shyri habían muerto en batallas o por enfermedades. Por este motivo, el Shyri convocó a los Señores del Reino con la intención de cambiar la ley antigua, de tal manera que Toa, su hija, y el esposo que esta eligiese fuesen capaces de heredar el reino. El Shyri Carán XI se propuso unir el territorio Puruhá con el Reino de Quito mediante el matrimonio de Toa con Duchicela, que era hijo del jefe de Puruhá Condorazo. Este aceptó y así su hijo Duchicela se unió con Toa, pasando a tomar el control total del Reino de Quito.



La cosmovisión Quito-Cara y su organización político social

Después de la conquista, los Caras hicieron valer su lenguaje y su religión ante los Quitus. La tribu Cara veneraba el Sol y la Luna, y por ello construyeron un templo dirigido al dios sol y en cuyo contorno había doce columnas que indicaban el inicio de cada mes. En este templo se hicieron sacrificios simples con comida o aceites especiales. Mientras que los Quitus colocaban a sus muertos en fosas en el suelo, los Caras los trasladaban fuera de los poblados y simplemente los colocaban en el suelo, adornados ritualmente con armas formando una torrecilla de piedras cuya altura tenía que ver con el valor de la persona allí colocada. El gobierno era una mezcla entre monarquía y aristocracia. Existía la sucesión hereditaria a favor de los hijos. No obstante, la legitimación del nuevo gobernante debía contar con el apoyo de los así llamados "Señores del reino" y, en el caso de no ser así, este mecanismo aristocrático permitía escoger como gobernante según sus propios criterios.

Por otro lado, el Shyri tenía la libertad de contraer nupcias solo con una mujer, pero podía tener un número indeterminado de parejas. En una escala menor, los nobles, junto a su casamiento podían tener una cantidad limitada de concubinas. Y finalmente, los hombres pertenecientes al pueblo llano solamente podían tener una sola pareja. Desde el punto de vista económico, esta cultura permitía el derecho a la propiedad e incluso la posibilidad de la herencia. Desde el punto de vista militar, se usaban las más adelantadas técnicas y los instrumentos que permitía el desarrollo técnico de la época. Es importante resaltar que en la guerra entraba en funcionamiento tanto el poder monárquico como el aristocrático, especialmente en los casos graves. El aspecto que más interesa destacar es el relativo a la justicia. La relación entre ley y castigo estaba determinada por un conjunto de preceptos tales como: no mentir, no robar, no ser ocioso. En tal sentido, la justicia era administrada y ejecutada por los miembros de la comunidad.

La dinastía Shyri Duchicela y el proceso de dominación incaico

Tras el fallecimiento de Shyri Carán XI culminó el reinado de los Shyris de Carán. Emergieron así los Shyris Duchicela durante cuyo reinado se mantuvo un estado de paz, aunque se logró la anexión de otros territorios del Reino de Quito ante el temor que se tenía frente a la llegada de los Incas. Después de va-



rios sucesores al Reino, pasaron a elegir a Hualcopo. En efecto, en el año 1430 d.C. tomó el poder Shyri Hualcopo Duchicela XIV, quien gobernó pacíficamente durante más de treinta años. Construyó el palacio de Pachusala, más tarde habitado por el Inca Huayna Cápac. Fue precisamente durante el gobierno de Shyri Hualcopo Duchicela XIV cuando tuvo lugar el deterioro de la dinastía.

Hacia el año 1450 d.C. el Inca llamado Inca Tupac Yupanqui inicio las conquistas de las tribus que se encontraban al sur del reino. Hualcopo no tuvo miedo ni supo evaluar la gran fuerza que los Incas imponían. Y a ello se sumó el hecho de que no protegió las tribus sureñas al no considerarlas como pertenecientes a sus tierras. Tan solo optó por dirigirse a Puruhá con el fin de consolidar sus fuerzas. Pero más relevante fue la iniciativa del Inca Tupac Yupanqui quien construyó fortalezas y se instaló en territorios cercanos. En los Tiquizambi se produjo el primer enfrentamiento entre Hualcopo y Tupac Yupanqui que tuvo como resultado la victoria del Inca. Hualcopo decidió retirarse y se atrincheró en Mocha. Allí permaneció hasta su muerte. El Inca ya había optado por regresar al Cuzco celebrando la victoria que había tenido frente a Hualcopo.

Vinculación de dos grandes reinos

En el período de sucesión que se produjo antes de la anexión del Reino por parte de los Incas, Shyri Cacha Duchicela XV, primogénito de Hualcopo, se convirtió en el sucesor. Este Shyri volvió a tomar diversos territorios, menos el de los Cañaris, quienes prefirieron someterse al imperio de los Incas. Frente a esta circunstancia Cacha optó por permanecer en Liribamba. Durante esa época dominaba Huayna Capac en el Cuzco quien volvió al norte del imperio buscando ejercer de nuevo el dominio en tierras conquistadas por Tupac Yupanqui. Esa travesía le llevó a al norte de Cañari, donde construyó un gran palacio.

El Shyri Cacha Duchicela XV se encontraba ya muy enfermo en Quito y no pudo enfrentarse al Hayna Capac. Sin embargo, tomó la decisión de enviar a un lugarteniente para hacer resistencia en la zona de Liribamba. Luego de varias batallas el Inca Huayna Capac le ofreció a Cacha la oportunidad de rendirse, pero este no quiso y prefirió morir en batalla. Con el menguado poder guerrero que tenía se dirigió a Mocha. Allí los caciques de Cayambe, Carangue y Otavalo le pidieron la retirada y que subiera hasta Caranqui con el fin de sofocar el sometimiento que habían iniciado los Shyris ante los Incas. Cacha esperó a los Incas quienes volvieron a triunfar. Al final, Cacha Duchicela XV fue enterrado con grandes honores.



La Dominación Inca Sobre el Reino de Quito

El monarca Huayna Capac

La anexión definitiva del Reino de Quito al Tahuantinsuyo se dio en el año 1487 d.C. Para evitar futuras revueltas Huayna Capac decidió casarse con Paccha, que había sido proclamada Reina después de la muerte de su padre. El día de su matrimonio Huayna Capac colocó en su corona imperial la esmeralda, símbolo del Shyri. Huayna Capac fijó su corte real en Quito, posteriormente colocó a Calicuchima como general y gobernante de los terrenos Puruhaes. El Inca se asombró con los habitantes de Quito porque hablaban su mismo idioma (quechua) aunque con leves diferencias y sobre todo porque ambos pueblos adoraban al sol y a la luna. El Inca Huayna Capac tuvo numerosa descendencia, uno de ellos es Atahualpa, a quien decidió otorgarle el Reino de Quito.

Huayna Capac vivió treinta y ocho años hasta que decidió finalmente viajar a la antigua capital. Cuando llegó a Tomebamba le llegaron mensajeros que decían que habían visto gente extraña (españoles) navegando. El Inca se puso melancólico puesto que supuso que su reinado terminaría, dado que la profecía hecha por el Inca Wiracocha se estaba cumpliendo. De inmediato ordenó regresar a Quito. Sin embargo, estaba ya enfermo cuando emprendió el viaje de regreso a Quito, donde murió. Antes de morir decidió separar el Imperio, la parte sur del Imperio el Cuzco para Huascar, mientras que la parte norte, que correspondía al Reino de Quito, para Atahualpa.

El monarca Atahualpa

Atahualpa adquiere el Reino de Quito una vez muerto su padre Huayna Cápac. Los Cañaris que tenían vinculación con los Incas escudriñaron una enemistad entre Huáscar y Atahualpa sobre los territorios que habían recibido como herencia. Huáscar ordenó a un cacique reinar el territorio cañari en su nombre. Frente a esta maniobra, Atahualpa baja desde Quito hasta Cañari para ajusticiar al traidor, dado que en el testamento de su padre claramente se especificaba que Atahualpa heredaría el Reino con los territorios acumulados por Hualcopo Duchicela, es decir no solo incluía territorio Cañari sino también territorio Palta.

Después de este conflicto Atahualpa y Huáscar reinaron cuatro años en relativa paz. Tiempo después Huáscar empezó la guerra contra su hermano. Después de varias batallas Atahualpa cayó preso, pero logró escapar gracias a que



había hecho un hueco en su cárcel con una barra de metal. Regreso a Quito y convenció a los señores del Reino de que debían luchar contra Huáscar no sólo por la seguridad del Reino sino también para consolidar el Imperio.

El monarca Rumiñahui

Es importante destacar que en medio de esta lucha entre Shyris e Incas tiene un rol determinante la llegada de los españoles. En efecto, el inca Atahualpa después de ganar la guerra contra su hermano, fue al Cuzco para consolidar su dominio, pero en Cajamarca fue capturado por el español Francisco Pizarro. Atahualpa ofreció dos habitaciones de oro por su libertad. En el Cuzco y en Quito se inició la recolecta del oro. Sin embargo, Rumiñahui no envió oro y mató a los hijos y esposas de Atahualpa, con el fin de proclamarse rey Shyri. Este acto de traición provocó la ira de los habitantes del reino. A pesar de eso Atahualpa fue ejecutado, y los Cañaris bajaron a Tumbez y convencieron al español Sebastián de Benalcázar de ir a la conquista del Reino de Quito.

Con el apoyo de los Cañaris, Benalcázar se enfrentó a Rumiñahui. Ambos ejércitos lucharon en el territorio Puruhá. En ese momento hizo erupción el volcán Cotopaxi. Rumiñahui y su ejército creyeron que los dioses auguraban una derrota y se retiraron. Benalcázar regresó al Reino de Quito y en su camino no observó cómo los tambos habían sido destruidos por Rumiñahui. Cuando llegó hasta Liribamba se percató que esta ciudad había sido despojada de sus tesoros. Allí se enteró que Rumiñahui había huido y que tenía la intención de destruir todo a su paso para que ellos no encontrasen nada que pudieran robar.

Luego de hacerse con los territorios de los Puruháes, Benalcázar siguió en su camino hasta Quito. En su travesía observó cómo se habían destruido los aposentos de Mocha y cuando llegaron a Quito vio que la ciudad había sido destruida pues Rumiñahui había hecho hasta lo imposible para evitar que el reino quedase en manos de españoles. Nunca se supo el lugar en donde escondió Rumiñahui el tesoro que Atahualpa tenía en Quito y tampoco se supo cuál fue el final del General y usurpador Rumiñahui. Viendo la ciudad destruida Benalcázar dejó ahí hombres para que construyeran casas dado que tenía la orden de fundar la ciudad española de Quito. Mientras tanto regresó a descansar en los aposentos de Liribamba.

Por su parte, el General Quisquis que había abandonado el Cuzco para ir a defender el Reino de Quito en su retroceso fue perseguido por Hernando de Soto. Los Cañaris informaron a los españoles de la llegada de Quisquis al Rei-



no, por lo que Diego de Almagro que estaba en Liribamba bajó para unir fuerzas con Hernando de Soto y doblegar al último y poderoso general. Los hombres de Quisquis que ya no querían luchar lo enfrentaron para exigirle que se rindiese, pero ante la negativa de este lo asesinaron. Con su muerte se consumó el control español de un Reino que además estaba destruido. El 6 de diciembre de 1534 Sebastián de Benalcázar fundó la ciudad española de San Francisco de Quito sobre las cenizas de la capital del Reino.

Las instituciones jurídicas: los señoríos y el incario

Ya se ha hecho referencia al Incario que se desarrolló como reino no solamente en el Cuzco, sino que se trasladó hacia el norte, conquistando el Reino de Quito. Y a ello hay que agregar la llegada de los españoles que no sólo lograron conquistar a los pueblos indígenas sino también someterlos a un proceso de dominación que se extendió durante todo el período de la Colonia. A este respecto es importante poner de relieve la existencia de dos visiones jurídicas que tenían su propia historia.

En el caso de las comunidades indígenas no existía el derecho positivo y la justicia se ejercía conforme a los usos y costumbres que derivaban del comportamiento y el manejo de las relaciones interpersonales. Hay evidencias de la puesta en práctica de la solidaridad como un mecanismo que tenía que ver no solamente con las relaciones interpersonales sino también con el trabajo que giraba en torno al cultivo de la tierra. Tal como lo ha señalado Vladimir Serrano Pérez incluso en las relaciones de pareja se apreciaba una experiencia flexible que buscaba consolidar las relaciones familiares. Mientras que en el caso de la cultura española del Señorío se evidenciaba la existencia de un conjunto de normas establecidas y aplicadas mediante códigos que no solamente estaban referidos a las relaciones entre las personas sino también a la manera como se ejercía el derecho sobre las cosas convertidas en propiedades. Se observaba así, un tipo de capitalismo proveniente de Europa imponiéndose al derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas.

No obstante, en los inicios de la mezcla del Señorío y el Incario se produjo la coexistencia entre ambos modos de vida y de producción, e incluso de alguna manera la estructura del Tahuantinsuyo se reflejó en las tradiciones del Señorío de origen español. Debido a su tendencia unificante, dicha estructura se hizo valer como un sistema jerárquico regido por las relaciones de obediencia. Eso es lo que explica el derecho positivo de origen europeo traído por los españoles



no se hiciera valer de inmediato, debido a que se encontraba con una estructura donde predominaba el derecho consuetudinario.

Al no existir la idea de la propiedad privada, el producto del trabajo colectivo no era destinado exclusivamente a un individuo, sino que era, más bien, distribuido según las jerarquías y las necesidades de la comunidad. Aquí puede destacarse cómo, en sus inicios, el encuentro de la cultura española con los pueblos indígenas, tanto desde el punto de vista material, como desde el punto de vista formal y jurídico, representó un desafío para lograr criterios jurídicos que ya se habían consolidado en Europa, pero que también se enfrentaban a criterios también consolidados en las tierras americanas. La vida comunitaria que había desarrollado el Incario y otras culturas indígenas constituyía un antecedente que para comienzos del siglo XVI tenía todavía presencia y valor en los modos de trabajar, en la distribución de la riqueza y en la división del trabajo.

En este contexto conviene destacar que la comunidad incaica era asumida como la fuente principal de los mandatos mediante el privilegio de fijar normas que tenía el señor jefe de la comunidad y la obligación de todos sus miembros de obedecerlas. El Jerarca de la comunidad era la fuente del derecho y sus decisiones se convertían, a través de diversos “funcionarios”, en el modo como debía cohesionarse la estructura social. Es por ello, como se señaló antes, que se produjeron confrontaciones entre la estructura del Señorío y la del Incario. Ambas tenían sus modos particulares de jerarquización y flujo de mando, así como sus diversas tradiciones.

La conquista y su justificación

No ha de desdeñarse el hecho de que la historia de la llegada de los españoles y su confrontación con culturas que ya habían desarrollado una concepción del mundo y de la vida, así como un orden jurídico que tenía un carácter consuetudinario y que había servido para el gobierno y orden de las comunidades indígenas, representó un punto de inflexión en la empresa de los conquistadores. Ante la Corona española y el conjunto de instituciones religiosas y culturales desarrolladas desde la edad media bajo el peso del cristianismo, era necesario justificar la conquista a pesar de la destrucción y el genocidio que empezó a desarrollarse y consolidarse desde comienzos del siglo XVI y que se extendió hasta el siglo XVIII.

El imperio español se vio movido por la necesidad de legitimar la conquista de los nuevos territorios y de sus gentes a pesar de que el derecho a la conquista



y la colonización no estaban establecidos. La justificación fue a posteriori. Las noticias de los viajeros y conquistadores movieron a la élite política y religiosa a producir diversos tipos de ordenanzas y decretos mediante los cuales empezó a justificarse la posesión de las tierras y el dominio de sus habitantes. Tal como la ha señalado, por ejemplo, Carlos Pérez Guartambel, se buscó justificar jurídicamente la explotación de los nuevos territorios descubiertos.

Cuando Cristóbal Colón llegó a América, sin duda empezó el proceso de conquista y, por ende, el sometimiento de las culturas y civilizaciones, en donde se justificó su dominio por tres principios: 1. El nuevo continente fue considerado “tierra de nadie”, lo cual suponía el desconocimiento de los habitantes indígenas, quienes no tenían derechos. 2. Se consideraron “tierras para cristianidad”, lo cual llevó a la decisión de imponer el cristianismo a la comunidad indígena de América. De no aceptar este principio se procedía con actos de ejecución contra la vida. En determinados casos, los españoles manifestaban que los indios no tenían alma, negando así la condición humana de los pueblos en aquella época. 3. Al ser una “tierra de nadie”, las poblaciones que habitaban en ese entonces, así como sus recursos, riquezas que habían forjado y su mano de obra, se asignaban a los conquistadores que llegaban primero. Es aquí donde se crea la obsesión por la búsqueda de oro, que originó la movilización de tropas de guerra.

Frente al escenario en que se encontraban, los españoles desarrollaron aires paternalistas con los indígenas, a los cuales se les consideraron como “niños grandes”. Debido a la gran cantidad de cultural en Latinoamérica, hubo una legislación que apuntaba a los intereses de los denominados colonizadores, ya que se dio una brecha bastante amplia entre Europa (Viejo Mundo) y el nuevo continente descubierto, y se tuvo que dar alternativas para el tratamiento jurídico de los pueblos indígenas. Se quiso obviar o eliminar la identidad de los indios, así como sus derechos, sin embargo, para que se dé una correcta y progresiva adecuación de los españoles, fue necesario el entendimiento de las costumbres de los pueblos indígenas tanto a nivel de identidad cultural, así como demográfico en una legislación hermética de aquellos años.

En el proceso de organizar dicha justificación se planteó de antemano la cuestión de saber cuáles eran las características antropológicas, morales y sobre todo religiosas de los habitantes descubiertos. Como se sabe, uno de los aspectos más debatidos en la célebre confrontación entre Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda, era la de saber si los indios tenían alma. No era una cuestión baladí pues de ello dependía su consideración existencial, moral y religiosa. Si no



tenían alma no eran personas, no podían ser juzgados con base a los criterios del bien y el mal. Y no podían ir al cielo, al infierno o al purgatorio. Estas y otras preocupaciones, marcadas especialmente por el ámbito religioso, dieron lugar, desde finales del siglo XV, a la creación de la encomienda y a la figura del encomendero quien tenía como misión convertir a los indígenas y salvar sus almas.

El Consejo de Indias, el Virreinato y el gobierno local

La magnitud y la complejidad de la colonización de América que llevó a cabo el imperio español no podían ser asumidas como un asunto meramente militar basado en la autoridad Real. Se trataba de una empresa de alcances económicos, políticos, religiosos y jurídicos relacionados con el establecimiento de los colonizadores en tierras habitadas por pueblos que, si bien se habían manejado bajo la fuerza de la guerra, necesitaban establecer mecanismos que permitieran que la colonización diera lugar a un proceso estable de posesión y expansión por parte del Imperio. Estaba en juego no solamente la búsqueda de riquezas minerales y la explotación del comercio a través de la renta, sino el manejo de una población que paulatinamente comenzó a mezclarse con los blancos españoles y los esclavos africanos. Se trataba, en suma, de un problema societal que debía ser tratado política y jurídicamente pues solo a través del establecimiento de normas que se hicieran cumplir, se podía consolidar la empresa ultramarina que había iniciado.

Estos fueron los motivos y las razones que llevaron a la creación del Consejo de Indias a comienzos del siglo XVI. Se trataba de un ente jurídico-político, formado por asesores civiles y religiosos, que funcionaba como instancia de comando y control de los asuntos administrativos relativos, por ejemplo, al nombramiento de funcionarios en las colonias, o de los asuntos relacionados con la administración de justicia que iban surgiendo con el establecimiento cada vez más orgánico y complejo del Reino español en América. La amplitud de la conquista y el desafío de colonizar adecuadamente los nuevos territorios llevó, asimismo, a la necesidad de delegar el poder peninsular a través de delegados del Rey que ocuparon un lugar destacado en el dominio de extensos territorios.

El Virreinato de Nueva España, en México, y el Virreinato del Perú fueron dos de los bastiones más representativos del poder que comenzaba a desplegar España en América y de los intereses cada vez más amplios que tenía en las colonias. La necesidad de gobernar el vasto territorio de América llevó a darle poderes extraordinarios al Virrey, de algún modo equivalente a los que



tenía la Corona española. ECUARUNARI. En este contexto, los pueblos indígenas, dominados antes por la fuerza de las armas, comenzaron a ser sometidos a un proceso de opresión y servidumbre que buscaba adaptarlos a las necesidades generales de la Corona y las disposiciones de cada gobernante destacado en las colonias.

Empezaba así a imponerse el derecho positivo europeo por encima del derecho que durante cientos de años habían desarrollado los pueblos indígenas. Se desarrolló progresivamente un proceso de negación del derecho consuetudinario, del derecho de los descubiertos, en favor de un nuevo y extraño ordenamiento jurídico. Finalmente, la organización político territorial tuvo como epicentro las figuras del corregimiento, del municipio, de la alcaldía y de la intendencia, instituciones políticas, administrativas y judiciales tomadas de la cultura española, a través de las cuales se organizó el funcionamiento de las localidades y territorios que se habían poblado.

La encomienda y el tributo durante la dominación española

La encomienda es una de las formas institucionales que ideó el imperio español con el fin de lograr un conjunto de propósitos políticos, económicos y sociales donde se ponía de relieve la estrecha conexión entre vida y poder. Los encomenderos, titulados así y habilitados para ejercer la explotación y la opresión de la población indígena, tenían a su cargo distintos niveles de aprovechamiento de esta población. Se podría decir que el fin principal era el beneficio económico que se obtenía a través de la potestad que se les daba a los españoles de imponerle tributos a los indios, sometidos a un proceso de esclavitud.

El beneficiario definitivo de esta explotación era el Reino español al que llevaban de diversas formas las riquezas obtenidas teniendo como justificación la consolidación de la hacienda real. Quizás no es casual que el término tributo, muy utilizado en las comunidades indígenas de hoy e incorporado a la legislación económica, sea una forma de expresar la transferencia de recursos o de bienes intangibles de una persona a otra, y especialmente de una persona o grupo de personas al Estado. La encomienda es una de las formas institucionales que ideó el imperio español con el fin de lograr un conjunto de propósitos políticos, económicos y sociales donde se ponía de relieve la estrecha conexión entre vida y poder. Los encomenderos, titulados así y habilitados para ejercer la explotación y la opresión de la población indígena, tenían a su cargo distintos niveles de aprovechamiento de esta población. El beneficiario definitivo de esta



explotación era el Reino español al que llegaban de diversas formas las riquezas obtenidas teniendo como justificación la consolidación de la hacienda real.

Quizás no es casual que el término tributo, muy utilizado en las comunidades indígenas de hoy, sea una forma de expresar la transferencia de recursos o de bienes intangibles de una persona a otra. Tal como ya lo sostiene Mariátegui al referirse al paso de la propiedad indígena a la propiedad de los españoles:

"Una de las instituciones que facilitó este despojo disimulado fue la de las 'Encomiendas'. Conforme al concepto legal de la institución, el encomendero era un encargado del cobro de los tributos y de la educación y cristianización de sus tributarios. Pero en la realidad de las cosas, era un señor feudal, dueño de vidas y haciendas, pues disponía de los indios como si fueran árboles del bosque y muertos ellos o ausentes, se apoderaba por uno u otro medio de sus tierras".

Ahora bien, la encomienda no debe ser vista solamente como una actividad económica. Ella suponía también un tejido de relaciones de poder mediante las cuales se gobernaba la vida de los indígenas, tanto en sus aspectos materiales como espirituales. La encomienda suponía opresión y sometimiento físico, y, a la vez, mental y espiritual. Era un mecanismo mediante el cual se lograba afianzar la servidumbre legitimada por las creencias religiosas que se venían imponiendo desde el catolicismo. El indio no solo estaba obligado a servir económicamente al encomendero sino a tomar su trabajo como una forma de salvación de su alma tal como lo planteaba el papado en los tiempos del descubrimiento de América a finales del siglo XV. No bastaba que los indios estuviesen obligados en el proceso de extracción de riquezas minerales, sino que, quizás más importante aún, era conveniente colocarlos en proceso de servidumbre voluntaria o semivoluntaria que permitiera obtener riquezas una vez agotado el codiciado oro que tantas tribulaciones había suscitado en los conquistadores.

De esta forma, se actualizaba la antigua concepción que distinguía a los hombres libres cuya misión era la de mandar, y, por otro lado, la de los esclavos, que estaban por naturaleza destinados a obedecer. La concepción aristotélica que se consolidó en la Edad Media fue actualizada por la cultura española que, todavía en el siglo XV, recién descubierta Abya Yala, ejercía el poder a través de un conjunto de instituciones y mecanismos del pasado que se hacían valer, económica, social y espiritualmente, en los territorios descubiertos a pesar de que en ellos se habían establecido diversas poblaciones con mucha anterioridad.



A diferencia de la cultura política y económica anglosajona que llegó al norte de América, y que prefirió acabar con los indígenas y a lo sumo confinarlos, los españoles hicieron de la encomienda una suerte de mecanismo biopolítico que les permitía acumular riquezas dentro de una estructura económica feudal. Y si bien es cierto que en el siglo XVI existieron defensores de los pueblos indígenas, el mecanismo económico del tributo y el proceso de evangelización iban de la mano, con mayor o menor dureza, pero siempre bajo una concepción que consideraba al indígena como un extraño que debía ser obligado, convencido, salvado independientemente de sus más íntimas y a la vez ancestrales convicciones.

Uno de los casos relevantes se produjo en el Reinado de Quito y de diversas zonas aledañas. En esta región la encomienda tuvo una de sus mayores formas de desarrollo en el contexto de América Latina. Entre los siglos XVI y XVII se desarrolló un extenso mecanismo de tributación que llevó a incrementar la agricultura e incluso a la población indígena sometida. Quizás no es casual que hayan existido numerosos suicidios en la población, no acostumbrada a sopportar o a aceptar las diversas formas de opresión llevadas a cabo por los conquistadores españoles.

En suma, se puede apreciar que las comunidades indígenas del sur de América, especialmente los Shyris y luego los Incas, ante la llegada de los conquistadores españoles, fueron desplazados en sus costumbres y tradiciones. La implantación de virreinatos y las formas españolas de configuración urbana, así como nuevos mecanismos jerárquicos de dominación y explotación, permitieron que la población indígena, acostumbrada a vivir en comunidad bajo una cosmovisión y un conjunto de derechos que se ejercían mediante una forma ancestral de justicia, quedara sometida a un proceso de esclavitud y de protección de sus vidas a cambio del rendimiento que podían generar. La justicia indígena se convirtió en palabra muerta. La hegemonía política y jurídica de los españoles se empezó a consolidar y fueron desplazando los derechos ancestrales que durante tanto tiempo habían servido como cohesionar y mantener el poder de las comunidades indígenas. No es casual que Bartolomé de las Casas no solamente haya defendido la espiritualidad de los indígenas, sino que también se haya pronunciado expresamente por la abolición de la encomienda, un instrumento de poder que procuró ocultar las posibilidades de realización de la justicia indígena.

Valga finalmente señalar que varios juristas e historiadores están de acuerdo en que ciertas tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas fueron



mantenidas por los colonizadores españoles, ya que, de acuerdo a su experiencia en el imperio romano, tenían estrategias claves que fueron utilizadas para calmar el estado de ánimo de los pueblos que fueron conquistados, para así ser sometidos y evitar posibles rebeliones y conflictos, dando paso a la conservación del derecho consuetudinario, conocido como derecho común.



Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Marco histórico situacional

Cap 3



En el curso de la historia, la expresión “Derecho Internacional” aparece bastante tarde, a principios del siglo XIX, en términos muy difusos para sus propios gestores y para quienes los asumen. Se entiende que el derecho es estatal cuando sus características pueden cristalizarse plenamente y no de un modo interestatal, ya que no es posible que se imponga por encima de la determinación de los Estados. En la práctica, el derecho internacional encaja con la conceptualización de un “Derecho por asimilación y no por naturaleza”. Ha de tomarse en cuenta la concepción en los siglos XIX-XX, donde los Estados se erigen con sola proyección de ser los únicos protagonistas del orden jurídico, sin mostrarse proclives a ningún sistema normativo extraño con fuerza vinculante.

Los Estados aparecen con la absoluta proyección de ser los únicos gestores de su orden jurídico sin posibilidad de delegación. No había durante la génesis del derecho internacional ningún ordenamiento con fuerza coercitiva de carácter vinculante. La aparición del derecho internacional se encuentra en la cúspide de un acontecimiento que marca la historia, a saber, el colonialismo de Europa, que se extiende por los cinco continentes, entendida no como la industria devastadora en la que se había convertido, sino como un acontecimiento totalmente legítimo: “proyecto evangelizador y civilizador” con un único sello autorizado que es el europeo, seguido por todo un ordenamiento, el llamado “derecho de gentes o ley de naciones”.

El derecho internacional del pueblo indígena nace del dinamismo de las sociedades y de sus derechos los cuales fueron negados, pero luego se consideró que debía ser una realidad objeto de reconocimiento. A partir de estos cambios se desarrollaron amplios debates, que originaron la incorporación del así llamado “derecho de los pueblos”. A raíz de que los seres humanos comprendieron que existen peligros y amenazas que giran alrededor de su especie, vieron necesidad de enfrentarlos para dar una respectiva solución. Y a ello se suma, el deterioro ambiental a nivel mundial, así como problemas sociales como problemas de salubridad, de hambre, de desnutrición que tienen graves consecuencias afectando a poblaciones que se debaten entre la pobreza, opresión y la explotación.

El derecho del pueblo indígena se encuentra dentro de los derechos colectivos, cuyo principio se basa en la solidaridad de sus integrantes. Se trata de derechos que han sido objeto de reconocimiento en el ordenamiento jurídico del mundo. Es necesario saber que actualmente no hay un instrumento internacional que garantice plenamente el cumplimiento del derecho internacional, a pesar de iniciativas tales como la Declaración de los Pueblos (1976), así como el anteproyecto del Pacto Internacional de los Derechos de la Solidaridad. A su vez existe la legislación internacional de la Declaración Universal de los Dere-



chos Humanos (Art. 28), así como la de cada país. Al hablar de este derecho es necesario entender la definición dada por las Naciones Unidas:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y las pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.

Esta caracterización de los pueblos y nacionalidades indígenas representan un aspecto clave del derecho internacional, pues se trata de un deber que ha de ser asumido con toda responsabilidad; muy distinto del orden colonial, que presumía de toda la capacidad propia y toda la incapacidad ajena. El derecho de gentes es una doctrina jurídica de antaño y, de muy lejos, una cuestión que precede a la cuestión de entender el derecho como internacional, y que estaba latente a la hora de implementarlo. Sin embargo, develando al Estado como “amo y señor” del derecho, no sería legítimo ningún sistema jurídico a escala internacional. Se insiste en un fundamento que es inexistente y se denomina “derecho de gentes o ley de naciones”, que con el pasar del tiempo fue cada vez más débil, y no tuvo más fuerza que la que los Estados y su soberanía le permiten, más aún en cuestiones indígenas, en un tiempo de colonialismo fuerte. Un tiempo que llegó a permitir como legítimo hasta el genocidio.

La historia testifica la aparición del derecho internacional propiamente dicho, autónomo y reducido a tratados y convenciones que develan el crecimiento de este derecho en la discreción y la reserva. En lo que sigue se verá este tema desde una perspectiva histórica en la que se muestra un aspecto que permite tener una visión más amplia y equilibrada de la cuestión indígena, esta vez desde el derecho internacional.

Perspectiva histórica de la cuestión

El derecho natural y el derecho internacional indígena

La conquista del nuevo continente hizo surgir elementos fundamentales en la relación de Europa con América. En una aproximación a la génesis del derecho internacional, algunos académicos europeos criticaron (y muy duramente)



la legalidad y legitimidad de las reivindicaciones sobre el "Nuevo Mundo" y los esquemas de agresión abusiva incluidos en la conquista. Los sacerdotes de la Orden Dominicana Bartolomé de las Casas (1474-1547) y Francisco de Vitoria (1486-1547) generaron significativos debates en torno a esta cuestión. El Padre Bartolomé de las Casas, que se desempeñó largo tiempo como misionero de los indígenas, develó en la Historia de las Indias una terrible descripción de la conquista y colonización, expresada en la barbarie y esclavitud de los indígenas en los albores del siglo XVI. Criticó sobre todo la institución jurídica de la encomienda que facultaba derechos sobre las tierras y la abundante fuerza de producción de los indios a favor de los colonizadores.

Por otro lado, Francisco de Vitoria, catedrático de Salamanca que no pisó nunca tierras americanas, y en la misma línea de Las Casas, insistió en la definición de una gama de elementos ético-jurídicos que inspiraban la regularización de la conquista. El catedrático siempre sostuvo que los indios poseían ciertos derechos de autonomía y títulos sobre sus tierras que los europeos estaban obligados a respetar. Además, estructuró la normativa válida para que los europeos pudieran traspasar el dominio sobre las tierras a los indios. Tan noble y brillante en el tema fue Vitoria a quien se le considera el padre del derecho internacional al igual que Hugo Grotius, quienes desarrollaron los primeros fundamentos y principios que debían regular las relaciones de pueblos sometidos por la conquista.

En la Europa medieval se dieron las primeras manifestaciones jurídicas de los pueblos indígenas que afianzaron un sistema jurídico independiente y por encima del derecho positivo ya sea de corte natural o divino, donde Dios (Teología) o recta razón ocupaban el puesto de privilegio en la sucesión jerárquica de las autoridades. La autoridad natural es la que suministraba las bases jurídicas para aceptar e indagar las normas desde el punto de vista humanista y moral. Vitoria estaba en contra de que el Papa entregara a la Monarquía hispana las tierras de los indios y además convertirlos al cristianismo. Se mantuvo en la idea de que los únicos y verdaderos dueños del Nuevo Mundo eran los indios habitantes, y el descubrimiento de estas tierras por parte de los españoles no les daba el poder sobre estas, ni al Emperador ni al Papa, y consideraba que lo más razonable era que los castellanos asumieran la autoridad sobre los indios, aunque reconocía que eran capaces de ejercer sus derechos y responsabilidades sobre sus patrimonios; de lo contrario, no hubieran sobrevivido antes de la conquista.

El criterio de Vitoria era ambiguo pues, al parecer, favorecía a los indígenas americanos, y a su vez, en cierta manera, los denigraba por incapacidad, ignorancia, inestabilidad, ingobernabilidad, argumentos que, según él, sirvieron



para justificar el dominio europeo en la conquista y después en la colonia. Pero al mismo tiempo, fue precursor de la “doctrina de la tutela” practicada por los países colonizadores a lo largo del siglo XIX. A pesar de que los indígenas habían demostrado a los invasores que tenían la suficiente capacidad de derechos, se los catalogaba como “incapaces” por no ajustarse al modelo europeo civilizador.

Con este este marco de referencia, Vitoria también elaboró la teoría de la “guerra justa” que justificaría la apropiación de las tierras indias. En esta proyección iusnaturalista, los indígenas no sólo son sujetos de derechos, sino de obligaciones. En la opinión de Vitoria, en el “Ius Gentium romano”, considerado como “derecho natural”, los indígenas tenían la obligación de dar cabida a los extranjeros para comercializar y difundir la doctrina cristiana. En su obra “sobre los indios” el catedrático afirma que la continua resistencia de los indígenas para realizar este cometido podía conducir inevitablemente a la guerra justa y a la conquista. En todo caso, Vitoria, anticipa la lúgubre intención de disimular elementos que propician la guerra. De esta manera, Vitoria fabricó un sistema jurídico doble para definir la presencia europea en los pueblos indígenas: a) En primera instancia, afirma que los indígenas realmente poseían derechos porque son seres humanos, b) Y en segundo lugar los indígenas perderían sus derechos, en virtud de la conquista que sucede a la guerra justa, bajo la denominación europea de la justicia que legitima todo conflicto. Este criterio jurídico dual fue asumido por doctrinarios posteriores en Europa que hoy se les considera gestores del derecho internacional como Domingo de Soto, Francisco Suárez y Alberico Gentili.

En similar perspectiva, y en marco de referencia iusnaturalista, Hugo Grocio, lo mismo que Vitoria, denigró contundentemente el título alcanzado por el descubrimiento sobre todas las tierras habitadas, “aunque el que las poseía sea malo, enemigo de Dios, o de menguado ingenio, pues la invención es de aquellas cosas que de ninguno son”. Sostuvo que la potestad de realizar un tratado correspondía al mismo derecho natural de cualquier pueblo sin distinción de religión, ya que era mucho más amplio y generalizado. Por eso, aunque asumió la idea de guerra justa, descartó la posibilidad de que la intención evangelizadora sea motivo de conquista considerando “la defensa, la recuperación de la propiedad y el castigo”.

La cuestión indígena en el derecho de naciones bajo el marco del derecho natural.

El surgimiento del Estado a inicios de la modernidad, va de la mano con cambios en la concepción iusnaturalista. En la Europa académica hay una nueva concepción del iusnaturalismo, que en un principio era algo así como un có-



digo moral para todo ser humano para convertirse luego en un régimen dual que incluía los derechos naturales de los individuos y de los Estados. Hobbes (1651), indica que los seres humanos existían en un estado de naturaleza, antes de asociarse en sociedad civil, representada por el Estado. Señalaba que el Estado era concurrente con el individuo en la generación de derechos naturales. Otros autores como Samuel Pufendorf y Christian Wolf concibieron la humanidad del mismo modo que Hobbes, como una dualidad entre estados e individuos, e inventaron un sistema jurídico, centrado en lo estatal, y patrocinado por el derecho de gentes, vigente en esta parte de la historia.

El “derecho de gentes” tuvo su apoyo en los escritos de Emmerich de Vattel (1714-1769), seguidor fiel de Wolf, que dio mayor profundidad al derecho basado en la dualidad Estado-individuo que impactó decididamente en el pensamiento liberal occidental. Según esta concepción, en primera instancia, se afirman los derechos de los individuos y luego la soberanía del colectivo social completo. Cabe anotar que esta elaboración descuida la gama de maneras de asociaciones intermedias o alternativas, que de hecho existen en otras culturas, pues no permite a estas agrupaciones otros derechos que los que se desprenden tanto de las libertades como de las instituciones estatales en progresión. La concurrente terminología manejada posteriormente sobre el Estado-nación, no es sino un apéndice de la dualidad Estado-individuo.

De esta manera, Vattel sentó las bases de los derechos de autonomía grupales equiparándolos a las categorías de nación o Estado (que en Vattel eran lo mismo), y reforzó la primacía teórica del Estado, sentó las bases de la doctrina de la soberanía estatal, presupuesto fundamental del derecho internacional hasta la actualidad. También concibió al Estado no aislado, sino inmerso en la comunidad humana que es su fundamento, todo esto en el marco propio de la corriente iusnaturalista. De acuerdo al sistema jurídico descubierto por Vattel, que se asociaba a la dicotomía individuo-Estado, era necesario precisar el lugar de los pueblos indígenas en esta dualidad. Para gozar de derechos como comunidad diferente, los pueblos indígenas deberían considerarse como naciones o Estados; en sentido contrario, las agrupaciones indígenas se reducirían terminológicamente a sus integrantes individuales, en el mejor de los casos en un Estado de naturaleza, pasando por alto su derecho colectivo a la autonomía.

La concepción Estado-nación no encajaría en los pueblos indígenas fuera de Europa. El concepto de Estado-nación en la perspectiva post-westfaliana tuvo su esencia en estructuras sociopolíticas y nacientes en Europa, cuya configuración era el territorio y la jerarquización de autoridades. Por el contrario,



se sabe que las comunidades indígenas de América, antes de la conquista, representaron una estructura organizacional basada en la sangre o parentesco. Su política tenía como fundamento la unidad confederativa, con espacio de control que favorecía lo común, distanciándose del modelo centralizado y jerarquizado. Bajo estas consideraciones Hobbes había definido al indio americano como "salvaje" en estado de naturaleza, incapaz de ejercer el gobierno de su pueblo, viviendo en un estado de vida brutal.

Sin embargo, Vattel amplió enormemente el concepto de estado, incluyendo lo socio-político y la finalidad utilitarista, que, al parecer, favorecía la estabilidad indígena en América por su nueva consideración como nación. Además, cuestionó el expansionismo en territorio americano, con francas aseveraciones:

"Los ambiciosos europeos que acometían a las naciones americanas y las sometían a su codiciosa dominación para civilizarlas, según decían, y enseñárlas la verdadera religión, eran unos usurpadores que se fundaban en un pretexto injusto y ridículo"

A pesar de la amplitud conceptual de Estado que supuestamente favorecía a los indígenas en América, Vattel fue el teórico que sembró la semilla de ideas posteriores según las que se hacía una distinción entre comunidades sedentarias por un lado y cazadores-recolectores por otro, dualismo que desacreditaba a los indígenas como dueños de sus tierras, denegándoles enfáticamente ser considerado como nación o naciones al amparo del derecho internacional que se estaba configurando.

Valga destacar en la historia moderna el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que, siguiendo la doctrina de Vattel, cargada de la tutela iusnaturalista, llena de ambigüedades y tensiones respecto a la cuestión indígena. Tal como lo ha mostrado James Anaya, dicha Corte dictó jurisprudencia muy significativa en las concepciones jurídicas internacionales sobre los pueblos indígenas. En dicha jurisprudencia se analizaron tres sentencias: *Jonson vs. Meintosh*, *Cherokee Nation vs. Georgia* y *Worcester vs. Georgia* elaboradas por el presidente de la Corte Federal Suprema, el Juez Marshall, para visualizar en América el aporte del estatuto de los pueblos indígenas en el derecho internacional que se adoptaron en los albores del siglo XIX, con diferentes proyecciones.

La tendencia dominante era la de que los pueblos indígenas no tenían acceso a la autonomía plena o a sus territorios originarios y, por ello, la capacidad de ser estados o naciones. Fue una doctrina que se generalizó en Europa entre los



siglos XVI y XVII tal como lo muestra, por ejemplo, John Locke. En su sentencia, el presidente de la Corte hace una escueta descripción peyorativa de los indígenas al llamarlos salvajes, guerreros, dependientes del bosque y alegaba, que dejarlos en posesión de sus tierras hubiera llevado a desolar el país. Tal como vimos antes, se trataba de una tendencia común a todos los conquistadores a través de la cual se expresa la discriminación y la opresión sobre los pueblos indígenas. Se decía, que era extremadamente difícil gobernarlos como un pueblo separado, pues eran fieros y dispuestos a enfrentarse a cualquier ofensiva que afectara su independencia. Esta es la razón por la cual, en definitiva, basados en el descubrimiento, se acreditó la titularidad de los Estados Unidos sobre territorios indígenas. Se trata de una forma de legitimación de la conquista y de la ocupación que provenía del poder del más fuerte. Este hecho buscó luego ser legitimado mediante diversos tipos de jurisprudencia.

Por otra parte, la sentencia de Marshall afirma ambiguamente que la pretensión del descubrimiento es equívoca. Para ello se basa en la doctrina iusnaturalista al rechazar que el descubrimiento diera lugar a derechos contra los indígenas. No obstante, Marshall, asumiendo una actitud positivista, sostiene que la sola existencia del Estado es una base racional para que coexisten los derechos del descubridor y del indígena. Algo semejante a lo que ya le había sucedido a Bartolomé de las Casas, en cuya obra se pueden encontrar ambigüedades en el tratamiento del indígena y de sus "posibles derechos" a propósito de la salvación de su alma.

De un modo semejante, en el caso "Nación Cherokee vs Georgia" según Marshall las comunidades indígenas son naciones que establecen una relación de dependencia con los Estados Unidos, como una suerte de derecho paternalista. Se reconoce que los indios en sus tratados con el pueblo americano, están tutelados por los Estados Unidos. De ese modo, siguiendo el derecho de gentes, se mantiene coherencia con la percepción de las tribus como naciones o estados que permite la presencia de otro soberano. Esto ha sido destacado recientemente, por ejemplo, por John Rawls quien justifica la posibilidad de que un pueblo republicano y "decente" pueda invadir y someter a otro pueblo al cual considera atrasado. Esto con el fin de que vaya adoptando una forma decente de gobernar. Aunque, como se sabe, en el caso de los pueblos indígenas de Estados Unidos la tendencia que predominó fue la del aniquilamiento y la creación de asentamientos que se convirtieron en guetos donde se recluían a dichas comunidades.

Marshal hace valer de nuevo su posición en el caso Worcester vs. Georgia, que involucraba también a los indios Cherokee, y confirma que los indígenas pueden considerados en el ámbito del derecho de gentes. Se refiere a las tribus



como “naciones”, y con el mismo criterio de Vattel las asimiló con estados europeos soberanos y dependientes del derecho de gentes a pesar de encontrarse tutelados por una potencia más grande. Por otro lado, sostuvo el “carácter nacional” y el autogobierno Cherokee, visto como una comunidad indígena con sus propias delimitaciones territoriales. Valga destacar, en suma, que el citado juez hizo de la doctrina del descubrimiento una fuente para justificar la ocupación de los territorios americanos del norte tal como se hizo desde México hasta la Patagonia.

El derecho internacional en la era del positivismo

El positivismo jurídico que se fue conformando desde la segunda mitad del siglo XIX hasta hoy, a la luz de las así llamadas ciencias positivas, bajo el influjo de la obra de Comte, destruyó toda referencia al derecho natural y se negó a incluir todo tipo de influencia moral, dejando a la norma jurídica al vaivén de la ideología política en el poder. En este contexto, los pueblos indígenas fueron desamparados por el derecho internacional en sus derechos y especialmente en los de alcance jurídico y político. El primer dato que se puede constatar de la escuela positivista en esta época es que el derecho de gentes o derecho internacional se transformó en un elemento que legitimaba la colonización y el imperialismo en detrimento de los pueblos indígenas.

Esto se puede apreciar, por un lado, en el hecho de que el derecho internacional, tal como ya lo establecía la doctrina del derecho de gentes desde el siglo XVI, está basado en el derecho positivo de los Estados. Por otro lado, el derecho internacional tiene como uno de sus ejes fundamentales la aceptación de la soberanía de los Estados que, como se sabe, tal como lo sostuvo Carl Schmitt, depende del que tenga el poder de decidir sobre el estado de excepción precisamente porque tiene todo el poder en sus manos y puede llegar a imponer un nuevo orden jurídico. Estos supuestos tienen como base fundamental la idea de que es a partir del poder real de cada Estado como se determinan las relaciones internacionales. De allí que organismo como la ONU hayan tenido un papel limitado en el cumplimiento de sus obligaciones de alcance internacional.

De esta manera, la escuela iuspositivista encamino estos postulados en una estructura justificadora de la dominación durante todo el siglo XIX, según la cual el derecho internacional dependía del reconocimiento por parte de los Estados europeos. Así, la diversidad de pueblos y comunidades indígenas



no encajaban en el esquema del Estado y por lo tanto quedaban excluidos de participar en la elaboración del derecho internacional. En el marco conceptual del positivismo, el catedrático británico John Westlake expuso una de las justificaciones más completas de la exclusión categórica de los pueblos indígenas como beneficiarios del derecho internacional. Este profesor, miembro de la Corte Internacional de la Haya, planteó, tal como luego lo hará Huntington con su conocida concepción sobre el choque de civilizaciones, aunque de un modo más radical, la distinción entre pueblos civilizados e incivilizados utilizando ese criterio para inferir que las sociedades y el derecho internacional dejaban de lado a los hombres no civilizados.

Este criterio estaba basado en una versión eurocéntrica del mundo que permitía legitimar la conquista y la colonización y, por esa vía, imponer el derecho positivo que regía en el mundo europeo y excluir la posibilidad de que los pueblos no europeos, como los pueblos indígenas, invocaran la validez de sus derechos. Y si bien esto suponía un proceso de exclusión, los conquistadores europeos buscaron las formas legales para establecer la hegemonía de su orden jurídico dejando a los pueblos indígenas como sujetos pasivos del derecho y de la dominación que se les venía imponiendo.

Se puede sostener que hasta comienzos del siglo XX el derecho internacional fue pensado y legitimado como un instrumento a partir del cual se podían conculcar los derechos de los indígenas. Si el derecho internacional era visto como una expresión del derecho positivo, tal como lo veía Kelsen, entonces era de inmediata aplicación y no podía ser desobedecido pues, de ese modo, se estaba atentando contra la soberanía de los estados europeos. Fue a partir de esa concepción del derecho internacional surgida en el siglo XVI cuando los territorios de los pueblos indígenas fueron vistos como áreas conquistables del planeta pues no eran propiedad de nadie.

Tal como lo concebían renombrados juristas como Oppenheim y Lindley, el derecho internacional no reconocía propiedad ni titularidad de las tierras conquistadas debido a que sus habitantes no eran personas, es decir, no podían tener personalidad jurídica para defender los territorios que habitaban. Y mucho menos podía considerarse como miembros de la comunidad internacional. Eran pueblos considerados bárbaros, nómadas, sin ejercicio de la soberanía, que no podían ser vistos como partes con las que se podía negociar en función del derecho natural. El así llamado derecho de gentes fue así utilizado como un instrumento para deslegitimar cualquier pretensión de los indígenas de defender sus derechos ancestrales.



En suma, se puede sostener que en la época del predominio del positivismo en el marco del derecho internacional de los pueblos europeos que conquistaron América y otras regiones del mundo, la base fundamental de la negación del derecho de los pueblos indígenas tenía una doble justificación: por un lado, la concepción de que el derecho, proveniente del Estado constituido en Europa, era la base exclusiva sobre la cual se podía asumir el dominio político y jurídico y enfrentar las pretensiones de los pueblos indígenas. Por otro lado, se buscó legitimar la aplicación positivista del derecho internacional tomando como justificación la idea de que el indígena no era un sujeto portador de derechos debido a su condición de incivilizado. Se podría afirmar que, en definitiva, fue la concepción positivista del derecho internacional la que servía de base fundamental para justificar la conquista y la colonización. La idea del indígena como bárbaro e incivilizado no era sino una forma de confirmar el poder y el dominio que se había logrado ejercer. Se trataba de una justificación antropológica que estaba respaldada por la fuerza del poder y por los correspondientes instrumentos jurídicos.

Avances del derecho internacional sobre la cuestión indígena en la era contemporánea

Tal como se ha visto en atención a los avances que los organismos internacionales han mostrado en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, se puede afirmar que el período de desconocimiento de dichos derechos desde bases jurídicas positivistas basadas en una visión eurocéntrica del mundo, sufrió diversas transformaciones que permitieron el reconocimiento progresivo de la legitimidad de la justicia indígena. Quizás no haya sido casual que después de la primera y de la segunda guerra mundial el derecho internacional haya tomado un rumbo más amplio donde se incorporan aspectos interculturales que han tenido que ver con el reconocimiento de diversos pueblos. Seguramente los momentos de violencia radical y de lucha por la supervivencia frente al otro llevaron a los diversos protagonistas de las guerras a replantearse la cuestión del reconocimiento del otro como una forma de consolidar la paz entre los pueblos.

Y si a ello se suman los diversos movimientos de resistencia de los pueblos indígenas, el resultado ha sido alentador pues en el terreno jurídico de las relaciones internacionales, es decir en los tratados y convenios internacionales promovidos primero por la Sociedad de Naciones y luego por las Naciones Uni-



das se observa que se ha dejado atrás el positivismo jurídico de comienzos de siglo y se ha hecho uso de un concepto amplio de justicia y de contextos culturales distintos al europeo que han permitido la reivindicación del derecho indígena como una cuestión permanente en diversas regiones del planeta y particularmente en América Latina.

De este modo se puede apreciar que no se trata ya de la imposición de la soberanía estatal sobre un pueblo sino del compromiso de los países con poblaciones indígenas al suscribir tratados y convenios de carácter internacional. De esta forma, el derecho internacional adquiere un sentido y un rumbo distintos a los que había tenido en la época moderna con el así llamado "derecho de gentes". Ya no se discute la legitimidad de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas. No se niega la existencia de una justicia distinta a la que había elaborado la cultura occidental, no se pone en duda la condición humana integral del indígena y tampoco se desconoce el uso legítimo de las tierras habitadas por dichos pueblos. Más aún las normas de alcance internacional han exhortado a numerosos países a incorporar los derechos de los pueblos indígenas en las respectivas constituciones.

Puede entonces observarse que especialmente durante la segunda mitad del siglo XX se produce una inversión radical en el tratamiento de la cuestión indígena tal como había sido considerada desde el siglo XVI. Mientras que en la época moderna, a través del derecho de gentes, el derecho internacional fue adoptando una expresión positivista amparada en la soberanía de los estados, en la época contemporánea, desde el siglo XX, el positivismo queda rebasado por una concepción universal de la justicia, por una especie de vuelta al concepto de derecho natural puesto que ahora aparece en primer plano la justicia indígena como una reivindicación de los pueblos que han basado su vida y sus tradiciones en una relación inmanente con la naturaleza.

A ello debe agregarse el hecho no menos notable de que si bien la idea de justicia ha alcanzado un nivel universal en las discusiones de los foros internacionales, más allá de la soberanía de los estados, también se observa el reconocimiento de las relaciones interculturales e intraculturales como un aspecto decisivo que ha de tomarse en cuenta en la consideración de los derechos de los pueblos indígenas, pues no se trata de una comunidad que pertenece a un país sino de muchas comunidades y nacionalidades que pertenecen a diversos países y regiones. Este reconocimiento no solo le da más fuerza a la lucha por el reconocimiento del derecho indígena en el ámbito internacional, sino que también aporta coherencia y unidad en el marco de la heterogeneidad. Esto



permite legitimar y consolidar la riqueza cultural que han acumulado los pueblos indígenas y, con ello, los criterios relacionados con el ejercicio de la justicia y con los ámbitos jurisdiccionales.

Esto no significa que los pueblos indígenas hayan alcanzado de hecho el reconocimiento efectivo a pesar de que se hayan dado pasos significativos en el campo del derecho internacional y nacional. Existen todavía fuertes tendencias que llevan al desconocimiento ya sea desde la soberanía que ejercen los estados, desde las hegemonías culturales que se han impuesto, desde las tendencias discriminatorias de carácter étnico e incluso desde las desigualdades que han surgido en el marco de las economías locales y también en el ámbito de la globalización. De allí que los derechos de los pueblos indígenas no deben ser evaluados solamente por la retórica jurídica internacional o por las declaraciones de principio que se adoptan en algunos foros mundiales, sino por el reconocimiento efectivo y progresivo de dichos derechos y, quizás lo más importante, se trata de la evaluación sobre la efectividad de ese reconocimiento que es equivalente a la participación y al logro del buen vivir por parte de la población indígena. Ese reconocimiento será un logro histórico cultural precisamente en la medida en que provenga de la voz misma de los pueblos indígenas.

El nuevo marco de los derechos humanos

Tal como se ha señalado antes, es en el siglo XX cuando se produjeron cambios significativos en la formulación de los derechos humanos y, en particular, los derechos de los pueblos indígenas. El derecho internacional, como producto de los diversos acontecimientos que se produjeron en el siglo XX, se encaminó por una vía de apertura y reconocimiento que dejaba muy atrás la historia que inició con la conquista y la colonización y que fue seguida luego por diversas corrientes doctrinarias especialmente con el “derecho de gentes” esencialmente en su versión positivista.

Los convenios internacionales que se suscribieron en favor del reconocimiento de los pueblos indígenas (como los que promovió la OIT, tratados en el Capítulo 1 de la presente investigación), surgieron en un marco histórico y cultural distinto al que había dominado el largo período de colonización y neocolonización que se había desarrollado desde el siglo XV. Las guerras mundiales y las nuevas correlaciones de poder que comenzaron a establecerse a escala mundial suponían el reconocimiento de diversos países y pueblos que habían sido sometidos a un proceso de despojo y opresión. En el caso de América Latina las



luchas sociales y políticas que se produjeron en la segunda mitad del siglo XX tuvieron efectos de diverso tipo en el seno de diversas comunidades y sectores de la población. La tensión entre corrientes liberales y tendencias socialistas o socialdemócratas ha sido la constante. El empobrecimiento de los pueblos azotados por la mezcla del imperialismo capitalista y el caudillismo populista, dio también lugar a la toma de conciencia de que los sectores históricamente oprimidos debían reivindicar sus derechos, largamente conculcados.

Este nuevo marco histórico se expresó en una cultura política y jurídica distinta a la que había predominado hasta comienzos de siglo. Comenzó a producirse un proceso que buscaba revertir las tendencias que habían legitimado la opresión de las comunidades indígenas desde doctrinas y legislaciones amparados en la soberanía del Estado nación o de los imperialismos emergentes. El concepto de justicia ha venido ocupando diversos espacios y momentos de la historia más reciente. Se puede apreciar una significativa coincidencia, por ejemplo, entre las tradicionales aspiraciones de los pueblos indígenas y la preocupación por la cuestión de la justicia que se aprecia en los movimientos sociales, en las instituciones nacionales e internacionales y en el ámbito académico. Puede advertirse la manera como el derecho consuetudinario indígena empezó a formar parte de foros internacionales que se ocupaban de los derechos de los pueblos en el marco de una concepción más amplia de la justicia y bajo el amparo de nuevas generaciones de derechos humanos que venían siendo reconocidos.

Se arribaba a la conclusión de que la desigualdad social y económica, así como la inequidad moral y política eran expresiones de la injusticia que se había sedimentado a lo largo de varios siglos. La aparición de tendencias globalizadoras, si bien suponían la creación de nuevos mecanismos de opresión y sometimiento neocolonial, también coincidían con la toma de conciencia del problema de la justicia como un asunto global y a la vez local. La redefinición de la justicia y el reconocimiento de la progresividad de los derechos se convirtieron en un ámbito de reflexión y discusión que ha tenido efectos notables, por ejemplo, en el ámbito latinoamericano. Tal como se verá en el próximo capítulo, el reconocimiento de la interculturalidad, del derecho consuetudinario como derecho universal y la necesidad de respetar y fortalecer los espacios geográficos y culturales que fueron desarrollados por las comunidades indígenas, se expresaron en un aspecto destacado del nuevo constitucionalismo.

El hecho de que en los recientes textos constitucionales de diversos países se haya reconocido y legitimado la existencia de las comunidades y naciones indígenas, así como el ejercicio de sus derechos, es una muestra de los



avances que ha tenido la convergencia de diversas tendencias que tienen como eje la reivindicación universal y particular de la justicia. Se asiste así al ideal de que la reflexión y consideración de la idea de justicia sea considerada como la piedra de toque para examinar la legitimidad del derecho, y no al revés, como se hizo durante siglos de colonización. Y si bien persisten claras tendencias de desigualdad económica y social particularmente en el caso de los pueblos indígenas, se ha puesto de relieve la justicia y la justificación de la jurisdicción indígena.

Esto no significa que se hayan alcanzado los ideales y las expectativas de dichos pueblos. Uno de los principales problemas que han aparecido en este ámbito, como veremos, está relacionado con la efectiva aplicación de la justicia indígena, así como el respeto a su jurisdicción. Ya existen doctrina y jurisprudencia en este sentido, especialmente en el campo del derecho procedimental. Pero lo más importante, precisamente porque no se ha de anteponer el procedimiento y las legislaciones que se encuentran en un rango inferior a la constitución, es que predomine la idea de justicia como un criterio cultural y filosófico que es el que le ha dado sentido histórico y pertinencia social y política al nuevo constitucionalismo.



Justicia indígena. Cap 4 Reconocimiento cultural, político y normativo



En el presente capítulo se van a considerar diversos ámbitos y perspectivas que permiten examinar la cuestión de la justicia indígena. Después de algunas referencias significativas relacionadas con el marco internacional que se ha ocupado de los derechos de los pueblos indígenas y de su impacto en América Latina, se tratará la incorporación que tuvo el derecho indígena en el desarrollo constitucional. En este sentido se hará énfasis en la interculturalidad y la plurinacionalidad y especialmente en la constitucionalización de la justicia indígena y en su tratamiento desde el punto de vista procesal.

Se habla de las iniciativas de organizaciones internacionales que han tenido mayores alcances para los derechos de los indígenas, referentes a la interculturalidad de los pueblos, con atención al caso de Latinoamérica. Se ha planteado el carácter identitario de la cultura, así como su existencia colectiva, el derecho a la participación y la libre determinación en la administración de la justicia que debe ser respetado por los Estados. A su vez se menciona cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos promueve el respeto y la protección de los derechos con la naturaleza, así como también habla sobre la preocupación de vulnerabilidad que sufren los pueblos indígenas. En la actualidad, estos acuerdos ayudan a estas nacionalidades. En Ecuador existen partidos políticos que los representan, que influyen y tienen participación más activa en el Estado.

Para los pueblos indígenas en estos últimos tiempos se han reconocido la diversidad de sus derechos, quedando pendiente tomar en cuenta las diferencias que existen entre las diversas culturas que tiene Ecuador. Pese a los estudios realizados, aún existen formas mentales que pueden llevar a ideas equivocadas sobre la relación que existen entre las culturas. Se considera al racismo y la discriminación como problemas de los Estados, enfocados en visiones centralistas que fomentan estos problemas, que vienen desde el seno legislativo, y de los partidos sociales que suelen disfrazar estos problemas por medio del lenguaje mediático. Se habla de la interculturalidad, considerado como un punto de avance que ayuda al reconocimiento y la tolerancia, lo cual ayuda a la construcción de una sociedad que solicita respeto e igualdad y plantea la eliminación del racismo.

La Constitución del Ecuador en 2008 reconoce la diversidad de los pueblos, lo cual supone un avance significativo respecto a la interculturalidad y al consiguiente respeto en situaciones de conflicto que permita superar inconvenientes y promover el enriquecimiento de los pueblos. Se habla de la relación complicada existente entre la Constitución y la realidad de Ecuador, mediada



por los procesos de organizaciones internacionales, dando como resultado que el Estado cuenta con notables desafíos por el condicionamiento de políticas externas relacionadas con la interculturalidad.

Los pueblos indígenas en el foro internacional

Ya en el capítulo II se ha hecho referencia a algunos convenios que suscribieron diversos países en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. Aquí interesa subrayar el Convenio 169 considerando que ha sido la iniciativa internacional de carácter normativo que ha tenido mayores y mejores alcances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Sus postulados ponen de relieve una concepción más avanzada respecto al convenio 107 de la OIT aprobado en 1957, ya que sus normas dejan de lado la vaga idea de incorporación que, en el fondo, suponía la disolución de las comunidades indígenas en el seno de las tradiciones y la cultura occidental. El convenio 169 supone, más bien, el reconocimiento de la interculturalidad al concebir a los indígenas como pueblo al que le pertenecen un conjunto de derechos.

Se debe reconocer entonces que la OIT, tal como se ha visto a través de la consideración de diversos aspectos, ha representado una referencia de gran valor para América Latina y específicamente para el Ecuador respecto a la cuestión indígena. Considerando que se trata de una organización internacional dedicada al tema del trabajo, se ocupó de los pueblos indígenas al tomar en cuenta el carácter vulnerable de su situación laboral. A partir de esa preocupación se incorporaron diversos postulados y exhortaciones, particularmente a los países latinoamericanos, relacionados con la identidad cultural, la existencia colectiva, el derecho a la participación y sobre todo a la libre determinación que ha de expresarse en la administración de justicia que, como bien se sabe, hace uso de procedimientos especiales de carácter ancestral que deben ser respetados por el estado en el marco de la Constitución.

Igualmente, ya se ha señalado que la OIT exhortó a los países que suscribieron el citado convenio a promover la consulta y la participación de los pueblos indígenas en el contexto de los respectivos procedimientos políticos, jurídicos y administrativos. De esta forma los pueblos indígenas adquieren, al menos desde el punto de vista de la retórica del derecho internacional, un status histórico que siempre se les había negado pues es necesario evaluar y seguir evaluando las dificultades y las posibilidades para que los postulados de dicho convenio se hagan valer y, sobre todo para que sean los mismos pueblos indígenas los que den su visto bueno a los logros que se alcancen.



Seguramente no es casual que el Convenio de la OIT haya sido incorporado parcialmente en diversas constituciones de América Latina y que, incluso, se planteara la necesidad de retomarlo y profundizar la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas tal como lo hizo la Organización de los Estados Americanos en el año 2007 a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al tratar de promover la armonización de políticas públicas y el respectivo ordenamiento jurídico que permitiera consolidar dichos derechos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que ya desde los años 80 había realizado diversos planteamientos en torno a los derechos de los pueblos indígenas. Y en el año 2007, en el Informe Anual sobre los derechos humanos se presentó una relatoría donde se instaba a promover la protección y el respeto de los pueblos indígenas en atención a sus territorios, su unidad económica, los derechos humanos y en general sus vínculos económicos, sociales y culturales con la naturaleza. Del mismo modo, advierte sobre los problemas que han existido para el reconocimiento efectivo de los derechos de los indígenas más allá de la retórica constitucional. Pues si bien es cierto que la Comisión reconoce los avances legales que se produjeron en ese sentido en América Latina a partir de las iniciativas de las sociedades y los respectivos Estados, también llama la atención sobre la situación de vulnerabilidad y desconocimiento que han venido afectando a las comunidades indígenas.

En el año 2009 se da un paso más significativo cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA produce un documento más sistemático sobre los pueblos indígenas. En dicho documento se realiza una presentación de las fuentes jurídicas que amparan los derechos territoriales indígenas. Se hace mención al Convenio 169 de la OIT y de otros tratados internacionales en los que se ha insistido en el reconocimiento de esos derechos. Del mismo modo, se busca consolidar las definiciones de pueblos indígenas, sus tierras y recursos naturales y se establecen las obligaciones del Estado de garantizar los derechos de dichos pueblos. En esta dirección se puede observar el documentado y sistemático énfasis que se hace en el derecho de propiedad sobre el territorio considerándolo histórica y culturalmente desde sus bases ancestrales. Del mismo modo, se señala el problema de la ausencia de protección del derecho de propiedad cuya consecuencia fundamental es la afectación del ejercicio efectivo de ese y otros derechos humanos. Un aspecto igualmente destacable es el señalamiento de los derechos sobre los recursos naturales en contra de las tendencias económicas de carácter extractivo que han afectado los territorios indígenas.

Quizás el aspecto más significativo de este documento se halla en el hecho de que la defensa material y cultural de los derechos de los pueblos indígenas esté relacionada con el ámbito político y jurídico pues, ciertamente, no habría uso y disfrute de las tierras y de los bienes sin el marco jurídico y sin la participación política de los mismos pueblos indígenas. Es por ello, tal como ya lo había asumido el Convenio 169 de la OIT, que se insiste en el derecho a la consulta y a la participación de manera tal que la opinión y el protagonismo de los indígenas adquiera más reconocimiento y por ello se hace énfasis en la obligación general de los estados para que estos derechos sean efectivos. Finalmente, en el documento se plantea la necesidad de que existan suficientes garantías para que los pueblos indígenas tengan acceso a la justicia, no sean afectados por los laberintos de la burocracia estatal y, como consecuencia, puedan ser reparados sus derechos por las violaciones que afecten su vínculo con sus territorios, con sus propiedades y en general con sus derechos humanos.

En la actualidad, la existencia de acuerdos internacionales confirma que la aspiración de los pueblos indígenas en temas de autodeterminación se ha visto reflejada en el aumento de su participación política en la región y específicamente en Ecuador. Los pueblos indígenas tienen curules políticos en el gobierno nacional, así como en los municipios, cuyos líderes han decidido formar sus propios partidos. Cabe resaltar que, en Ecuador, existen movimientos indígenas muy influyentes, lo cual es facilitado por el voto, permitiendo así un involucramiento más activo en los debates e incidencia en el Estado. De esta manera, se han implementado instrumentos que facilitan la toma de decisiones, como el consentimiento informado, previo y libre. En el país ya no es recurrente preguntar si los pueblos indígenas deben o no participar en la toma de decisiones que influyen en su modus vivendi, sino más bien cuándo y cómo.

La cuestión del reconocimiento cultural de los pueblos indígenas

Hemos visto que desde el siglo XX los pueblos indígenas han sido tomados en cuenta con motivo del reconocimiento de sus diversos derechos. Y si bien ha sido un proceso que revirtió las tendencias opresivas y excluyentes por parte del colonialismo y el neocolonialismo, quedan pendientes, como hemos dicho, diversos aspectos fundamentales relacionados con el reconocimiento de dichos derechos más allá de la retórica que se encuentra en las normativas y que supone tomar en cuenta la heterogeneidad y las diferencias que tienen como base la existencia de diversas culturas, comunidades e incluso nacionalidades dentro de un mismo país como es el caso de Ecuador.



Afortunadamente tal como lo han mostrado los diversos estudios provenientes de FLACSO, de la Universidad Andina Simón Bolívar, por ejemplo, o los aportes que han producido los diversos eventos realizados en América Latina y en LASA, se han desarrollado diversos debates y una tendencia cada vez más pronunciada dirigida a los así llamados estudios culturales que representan un aporte latinoamericano en el campo de las ciencias sociales y humanísticas que ha servido y a su vez se ha nutrido de la experiencia histórica de los pueblos indígenas. Aunque esto no significa que el reconocimiento de la existencia de la interculturalidad o de la multiculturalidad, tal como aparece en las constituciones de Ecuador y Bolivia sea suficiente para que estas realidades hayan sido asumidas social y políticamente. Este aspecto debe ser examinado y evaluado a partir de una condición que ha sido tomada como uno de los ejes principales de la presente investigación, a saber, la necesidad de que sean los mismos pueblos indígenas los que hagan valer la fuerza de la heterogeneidad de sus relaciones culturales con la sociedad y que esto, por tanto, no sea el resultado de un predicamento político, jurídico o académico.

Por otro lado, es necesario advertir que, si bien los estudios culturales y el reconocimiento histórico de la interculturalidad constituyen un aporte para la comprensión de la complejidad de América, se trata de una vía de exploración que puede estar sujeta a intereses geopolíticos, a tendencias económicas y sobre todo, a diversas formas de ocultamiento de la realidad que lleva a una concepción inadecuada de las relaciones entre las culturas. El caso del racismo norteamericano es una muestra de ello. O el reconocimiento del valor de las culturas latinoamericanas y particularmente de las culturas indígenas en el seno de una concepción del mundo determinada por la hegemonía ideológica y cultural de los pueblos anglosajones y europeos.

Los pueblos indígenas, particularmente desde el siglo XX, han tratado de ser reivindicados asumiendo su diversidad cultural. El indigenismo como tendencia teórica ideológica y política se ha expresado más recientemente en la necesidad de hacer valer la heterogeneidad indígena del mismo modo como cabe hacerlo respecto a la heterogeneidad de cualquier grupo social. Se trata, en suma, de un debate que sigue pendiente dadas las complejidades que supone y sobre todo por el hecho de que en la práctica las comunidades indígenas no se han visto desde una visión que asume la diversidad sino más bien desde la idea del otro tal como se formó desde la conquista y la colonización.

En este escenario el Estado ecuatoriano no ha asumido en todos sus alcances las responsabilidades previstas en la constitución de 2008. Y esto



cabe decirlo también de la misma sociedad ecuatoriana. Ni el Estado, a través de las instituciones y las leyes, ni la sociedad, que se asume así misma como resultado del mestizaje, han logrado establecer un dialogo igualitario con las comunidades indígenas. Se observa más bien el ejercicio de una visión centralista y asistencialista que supone el no reconocimiento y en definitiva la discriminación de los pueblos indígenas tal como se observa en la actualidad tanto desde el punto de vista material y cultural como desde el punto de vista político y jurídico.

Valga destacar que esta discriminación real se ve muchas veces ocultada por el mundo de las formas lingüísticas que provienen del ámbito legislativo, del discurso de los políticos, de los luchadores sociales, o de los sectores intelectuales que han terminado ritualizando los términos que se han acuñado en favor del reconocimiento de los pueblos indígenas y sus diversas culturas. Los giros lingüísticos que han venido acompañando el tratamiento de la cuestión indígena en los últimos tiempos podrían representar un avance significativo para su comprensión, pero también han sido una forma de desplazar la realidad de los problemas a través de las máscaras del lenguaje. Tal como lo ha dicho Octavio Paz en sus reflexiones sobre la cultura mexicana y latinoamericana, las máscaras en muchos casos sustituyen la realidad y con ellas emergen el simulacro y la desconfianza.

El nuevo concepto de “interculturalidad” representa un avance significativo respecto a los antiguos conceptos de “multiculturalismo” y de “pluriculturalidad”. Estos últimos solo describían una situación de hecho, es decir, la existencia de múltiples culturas en determinado lugar, y planteaban su reconocimiento, respeto y tolerancia en un marco de igualdad. Sin embargo, no eran útiles para analizar las relaciones de conflicto o convivencia entre las diversas culturas, pues no permitían examinar otras formas de diversidad regional, de género, generacional, pero, sobre todo, no permitían analizar la capacidad que cada una de ellas tiene para contribuir y aportar a la construcción de relaciones de convivencia, equidad, creatividad y construcción de lo nuevo.

Esta nueva potencialidad del concepto de la “interculturalidad” abre una nueva agenda política: la construcción de una sociedad intercultural que no solo demanda del reconocimiento de la diversidad, su respeto e igualdad, sino que plantea la necesidad de desterrar el racismo de manera activa, promover negociaciones permanentes entre los diversos para construir nuevas síntesis (interfecundación), lograr una compresión plural de la realidad, canalizar los conflictos y construir un futuro equitativo e incluyente. La interculturalidad parte de la idea



de que los humanos comparten muchos elementos y que cada cultura tiene los suyos propios, lo cual permite el diálogo intercultural en el que intervienen concepciones, visiones, intereses económicos, sociales y políticos que deben ser negociados. De hecho, este diálogo debe ser equitativo, transparente y fluido.

La Constitución y el Estado ante la multiculturalidad

Tal como se ha visto, en el marco histórico de los cambios constitucionales que se produjeron en América Latina a finales del siglo XX, la Constitución de Ecuador fue modificada en 1998 y 2008 incorporando la diversidad cultural y la relación entre las culturas como un aspecto intrínsecamente relacionado con la existencia de los pueblos indígenas. Se puede sostener que este cambio constitucional representó un avance significativo en atención al desarrollo de la interculturalidad. Valga mencionar que la interculturalidad ha sido concebida como un proceso de diálogo igualitario donde se promueve la integración y el enriquecimiento de las culturas, tal como lo ha señalado por ejemplo Hoffe Ottfried. En este sentido, al ser igualitaria, la interculturalidad supone el respeto del otro sin lo cual se puede caer en situaciones conflictivas. El respeto que debe estar presente en el diálogo y que supone el reconocimiento, es precisamente la actitud y el medio fundamental para superar los naturales obstáculos que pueden surgir y promover el mutuo enriquecimiento.

Esto no significa que la constitución, al reconocer la interculturalidad, haya establecido las condiciones sociales y políticas que permiten efectivamente la existencia de una relación de igualdad. Como ha dicho Catherine Walsh, la interculturalidad es "Utilitaria, pues promueve el diálogo y la inclusión sin tocar las causas de la dominación". Esta situación plantea un problema de fondo, pues si las normas constitucionales no parten ni hacen posible una relación de igualdad, entonces quedan afectadas las posibilidades de la interculturalidad a pesar de que esta haya sido reconocida discursiva y teóricamente. Si se toma en cuenta, por ejemplo, la extrema condición de desigualdad económica que se evidencia con la pobreza presente en numerosas comunidades indígenas del Ecuador, la interculturalidad si bien puede ser vista como un paradigma no supone en los hechos un proceso real de reconocimiento. Esta es una paradoja histórica que se produce al observar la relación que existe entre los cambios constitucionales y la realidad social y política del Ecuador.

De allí que el Estado ecuatoriano, a través de las diversas políticas públicas que surgen de sus instituciones, no haya podido asumir de un modo eficiente y mu-



cho menos exitoso la interculturalidad que demandan los diversos pueblos. La razón de ello se encuentra en el hecho de que el Estado ha seguido tendencias e imposiciones económicas y financieras provenientes de organismos internacionales que no han hecho más que consolidar un proceso de neocolonización esta vez en un marco global. Aquí se observa la consolidación de la paradoja histórica antes mencionada pues ante las demandas de interculturalidad reconocidas en la Constitución, el Estado no cuenta con las estructuras y los procesos adecuados para que se haga posible y, más importante que eso, se encuentra condicionado por relaciones económicas y políticas externas que promueven la hegemonía de la dominación haciendo de este modo inalcanzable el proceso de diálogo igualitario que exige la interculturalidad. No puede haber entonces respeto, deliberación, simetrías y posibilidades de enriquecimiento mutuo si existen procesos y factores de dominación que funcionan a través de los esquemas formales de la democracia liberal, sin que esos esquemas tengan consecuencias reales.

En suma, el Estado ecuatoriano ha estado sometido a una tensión permanente entre tendencias que provienen de las demandas de la sociedad y de los pueblos y las que tienen su origen en las imposiciones neoliberales que dictan los organismos internacionales en el marco de las relaciones económicas que se han venido desarrollando con la globalización. No es casual que a finales del siglo XX Ecuador haya tenido una notable inestabilidad política y que esta haya continuado con diversos matices hasta hoy. En ese contexto las demandas de interculturalidad siguen siendo una mera expectativa, pero también un motivo para la lucha por el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas.

El movimiento de protesta que se produjo en 2019 protagonizado especialmente por los pueblos indígenas del Ecuador ante las medidas que iba a tomar el gobierno siguiendo los dictados del Fondo Monetario Internacional, son un claro testimonio del fracaso de las políticas públicas, de la debilidad económica de los pueblos indígenas y, a su vez, de la fuerza y la capacidad de respuesta y participación de dichos pueblos en el escenario político. La interculturalidad sigue siendo en este sentido, un problema, un desafío y un instrumento de lucha que puede expresarse de un modo contingente o como un proceso prolongado a lo largo de la historia. Desde hace más de un siglo esa es precisamente la tendencia que se observa.

Plurinacionalidad y nueva concepción estatal

La plurinacionalidad supone un cambio fundamental en la tradicional idea mediante la cual se identificaba el Estado con la nación. Diversas constituciones latinoamericanas (entre las cuales se destacan las de Boli-



via y Ecuador) empezaron a definir los respectivos países como estados plurinacionales y multiétnicos. De allí que la plurinacionalidad suponga cambios en el orden político basados en el reconocimiento de realidades étnicas que se han consolidado a lo largo de la historia. Ecuador es un caso emblemático en este sentido al plantear en su Carta Magna la existencia de diversas naciones, con lo cual se incorpora a los indígenas como sujetos sociales que poseen los mismos derechos que el resto de la sociedad ecuatoriana y que, por tanto, no quedan expuestos a situaciones de discriminación y exclusión.

Esta nueva situación de reconocimiento ha sido posible por la resistencia y las iniciativas de los pueblos indígenas asumidas en foros mundiales, regionales y nacionales que han tenido consecuencias tanto en el orden político como en el orden jurídico. Más que la fragmentación de un país y el antagonismo entre sus partes, se trata de un nuevo proceso de reconstrucción histórico cultural marcado por la necesidad de hacer valer la justicia en diversos sectores que habían sido apartados de ella. Es importante aclarar, tal como lo establece la constitución ecuatoriana de 2008, que el reconocimiento de la plurinacionalidad no supone un proceso de separatismo ni de independencia, sino más bien la posibilidad de que los pueblos indígenas posean la autonomía política y jurídica suficiente para decidir sobre asuntos que a ellos les compete.

Afortunadamente, por ahora se han disipado en buena medida los temores que habían aparecido en ese sentido en el seno de la Asamblea Constituyente que dio lugar a la Constitución. Y esto puede deberse a dos motivos. Por un lado, al hecho de que las reivindicaciones de los pueblos indígenas no han representado una amenaza para el resto de la sociedad. Y, por otro lado, que esas reivindicaciones pueden ser vistas, más bien como un proceso de beneficio recíproco y de fortalecimiento de la sociedad ecuatoriana en su conjunto.

Estos cambios se han producido en sintonía con los nuevos escenarios que se han desarrollado en América Latina en el campo jurídico y político. Se han elaborado nuevas formas de incorporación de los pueblos indígenas en los países vecinos a Ecuador y se ha tomado conciencia de la necesidad del reconocimiento de sus demandas y sus derechos. No se trata pues, en el caso de Ecuador, de una historia contingente y aislada, sino de un movimiento regional que ha tenido frutos tangibles convertidos en una oportunidad en favor de la plurinacionalidad.



A su vez se ha generado la ampliación de los derechos, lo cual ha hecho que los pueblos indígenas pueden demandar otros derechos que existen en la Constitución, y no sólo sus derechos específicos colectivos. Por ejemplo, se establece que una comunidad indígena puede demandar cuando existan actos violentos en contra de los derechos sociales, denominados derechos del buen vivir o *sumak kawsay* en la nueva Constitución, así como también los derechos de atención prioritaria para infantes, mujeres en proceso de gestación, adultos mayores, entre otros. De esta manera se han impedido las prácticas que ha ejecutado el Tribunal Constitucional del Ecuador cuando se trata de demandas de indígenas por violación de sus derechos constitucionales. Estas demandas han sido rechazadas debido a que carecían de legitimación activa es decir que no se podía comparecer en juicio.

Esta nueva situación supone reforzar en alguna medida las tendencias hacia la descolonización en contra de la tradición que a partir de la realidad del Estado nación había establecido un largo proceso de dominación y opresión. Esto no significa, como se ha dicho antes, que solamente los cambios en el texto constitucional sean suficientes para modificar y generar realidades que estén vinculadas a las aspiraciones de los pueblos indígenas, pero se trata de cambios que no han sido producto de una decisión de las élites y, por ello mismo, tienen la fuerza histórica suficiente para hacerse valer a pesar de la hegemonía y el control social que se empezó a ejercer con el establecimiento de la colonización.

De allí que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de establecer relaciones justas de negociación y de beneficio recíproco que permita el reconocimiento de su autonomía y el desarrollo de sus potencialidades creadoras. El indígena precisamente, por su sentido comunitario de la vida, reúne todas las condiciones para ser altamente productivo y alcanzar niveles de desarrollo social que hasta ahora se le han impedido tener. Se trata de un desafío para los indígenas y también para la sociedad ecuatoriana en el marco de la nueva Constitución.

Se puede afirmar, en definitiva, que América Latina ha venido desarrollando nuevos procesos culturales desde finales del siglo XX estrechamente vinculados con el reconocimiento de las condiciones históricas existentes donde los pueblos indígenas ocupan y han de tener un rol fundamental. El hecho de que ese rol se encuentre reconocido en las constituciones, en las políticas públicas de los Estados, en el seno de las sociedades y en los foros y debates regionales no es una experiencia azarosa sino el fruto de una necesidad alimentada por una nueva mirada que parte de lo político que se expresa en un nuevo orden



jurídico. Se trata de una reconstrucción cultural que supone la redefinición de viejos conceptos y la creación de otros que a su vez habrán de ser actualizados con las diversas experiencias que supone adaptar el orden y los procedimientos jurídicos a la realidad de las exigencias de los pueblos indígenas.

Ya no puede concebirse lo político, lo jurídico y lo cultural bajo una relación escindida sino, antes bien, como una nueva experiencia lingüística y existencial que ponga de relieve la riqueza cultural que supone la incorporación de nuevos intercambios. Lo más importante en este contexto es llamar la atención sobre el hecho de que estas aspiraciones todavía están lejos de cumplirse si se considera que la realidad de las comunidades indígenas sigue estando afectada por situaciones de desigualdad y exclusión que como se sabe, son producto de un proceso histórico y no podrán ser cambiadas con el mero optimismo de la voluntad.

El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas

El artículo 171 de la Constitución del Ecuador de 2008 se refiere a “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas”. Esta expresión puede parecer obvia y natural en un texto normativo que, como otros, se ha referido a los indígenas. Pero es necesario subrayar que allí se habla de las autoridades y con ello se pone en evidencia una concepción general de reconocimiento político, pues la autoridad no es una instancia o ejercicio menor, sino que está referida a tres tipos de sujetos sociales de diverso tamaño y complejidad. Cuando se habla de comunidades, pueblos y nacionalidades se reconoce la existencia de diversos órdenes sociales que no se encuentran aislados y que no han de ser vistos como tal sino como conjuntos de grupos sociales que se relacionan entre sí.

En el mismo artículo se dice que las citadas autoridades “ejercerán funciones jurisdiccionales”, es decir, se pasa del reconocimiento de lo político al reconocimiento de lo jurídico. Y ello supone necesariamente que se ha de hacer valer la justicia indígena si se toma en cuenta que no se trata del derecho positivo sino del derecho consuetudinario que tiene tanta o más fuerza que el orden jurídico establecido a partir de la constitución. Este aspecto debe subrayarse pues el reconocimiento de la jurisdicción indígena supone la existencia de la justicia como una instancia cultural lógica e históricamente anterior. El derecho es tal en la medida en que es justo. Y la jurisdicción indígena, que supone el ejercicio



de derechos, será justa en la medida en que se encuentra amparada por una concepción de la justicia que sirve de guía para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Y, por otro lado, debe tenerse en cuenta que lo jurisdiccional no corresponde a un ámbito geográfico difuso, pues, así como la constitución y las leyes poseen un alcance geográfico determinado donde se incorpora también el valor de los tratados internacionales, la jurisdicción indígena se corresponde con los espacios geográficos en los cuales habitan las comunidades, los pueblos y las nacionalidades.

No es casual entonces que en el artículo 171 se considere el ejercicio de las funciones jurisdiccionales “con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial”. En este sentido, igualmente, debe señalarse que los reconocimientos de las tradiciones ancestrales no es un asunto fortuito sino el resultado de un proceso histórico, pues esas tradiciones, existentes antes de la conquista y continuadas de diversas maneras hasta hoy, representan la base cultural desde la cual es posible legitimar en términos reales las autoridades, los grupos sociales y las funciones jurisdiccionales. Con esto debe ponerse en evidencia la centralidad de lo histórico, lo etnográfico y lo antropológico como bases para concebir el reconocimiento de la justicia indígena. El mencionado artículo hace igualmente referencia al “derecho propio”, y con esto deja claramente establecido que la función jurisdiccional de los indígenas no es una experiencia contingente y casuística, sino que está basada en el derecho, pero no de cualquier derecho, sino en el que han desarrollado con base en sus tradiciones ancestrales.

Valga destacar que dentro de la justicia indígena el castigo no es lo más importante, pues el objetivo es restablecer la armonía y el equilibrio en el seno de la comunidad y reintegrar al individuo en la sociedad. Por ello no es posible ofrecer una interpretación basada en el derecho occidental a la cuestión de cómo se practica la justicia indígena. El procedimiento legal difiere de un pueblo a otro y no se encontrará exactamente el mismo sistema de justicia incluso en dos pueblos vecinos. Sin embargo, existen cinco pilares en la administración indígena de justicia.

En primer lugar, el aviso de solicitud (Willachina): lo primero que debe hacer la persona afectada es informar oralmente a los líderes del consejo qué ha sucedido, por ejemplo, peleas, robos o muertes. En segundo lugar, el examen del problema (Tapuykuna): que consta de varios procedimientos, como determinar la magnitud del conflicto, verificar la muerte en caso de asesinato, determinar quién es el culpable y, en algunos casos, buscar la casa o el lugar donde el cri-



men tuvo lugar. En tercer lugar, la confrontación del acusado y el demandante (Chimbapurana): que consta de dos partes. Primero, el presidente del consejo instala la asamblea, que es informado en detalle de la situación y las conclusiones de la investigación, se informa a la comunidad de quiénes son los acusados, dónde, cómo y cuándo tomó el conflicto. Segundo, la parte acusadora informa oralmente sobre los hechos que los hicieron iniciar el proceso legal y, posteriormente, la parte acusada puede defenderse y aceptar o negar las acusaciones que se le presentan. Si aceptan las acusaciones, él se le permite pedir perdón frente a la asamblea y, por lo tanto, provocar una reducción o cancelación del castigo. En cuarto lugar, la determinación del castigo (Kischpichirina) considerando que existen numerosos castigos, como multas, devolución de objetos robados más pago de daños, baño frío, batido de hierbas, trabajo comunitario y, en raros casos expulsión de la comunidad. Y en quinto lugar la aplicación del castigo (Paktachina): los castigos físicos deben ser llevado a cabo por hombres o mujeres honestos y respetados. En general las personas que ejercen los castigos son ancianos, familiares, padrinos, el presidente del consejo u otras autoridades indígenas locales.

La incorporación de los derechos de la mujer también es asumida en la formulación del artículo 171 pues allí se habla del ejercicio de las funciones jurisdiccionales “con garantía de participación y decisión de las mujeres”. Como se sabe, la discriminación de la mujer ha sido una constante histórica y sólo en los últimos tiempos se ha buscado revertir en la práctica y en el orden jurídico. Y si bien, los pueblos indígenas le reservan a la mujer obligaciones y derechos en el marco de sus tradiciones ancestrales, la constitución establece la necesidad de garantizar su participación y decisión en los asuntos jurisdiccionales. Las mujeres indígenas han sido limitadas por una mentalidad machista y patriarcal, la cual tiene un peso político o influye en la relación social - familiar. Es por esto que la Constitución debe exigir a la autoridad indígena que realice sus respectivas funciones en donde se respeten los derechos humanos, especialmente el de las mujeres indígenas. De allí la importancia de que se hayan incorporado a las actividades de formación, conducción y organización social, tal como ha sucedido con la creación de las Escuelas de Formación Política de Mujeres Líderes de la ECUARUNARI.

Por otro lado, digno de hacer notar que la Constitución de 2008 establece en el citado artículo que “las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos”. Este es, del mismo modo, el resultado de la legitimación de las formas como se viene ejerciendo la justicia indígena y, asimismo de los cambios que las autoridades indígenas puedan in-

troducir en dichas formas conforme a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio con el fin de afrontar las dificultades y conflictos que puedan tener. Se puede observar que, con este artículo, referido a la justicia indígena, se reconoce la existencia del derecho sustantivo, así como de las normas y procedimientos subsidiarios que emanan de dicha justicia.

De este modo, se reconoce la existencia de un orden jurídico indígena que, si bien está lejos de tener la complejidad del orden jurídico que rige en el Ecuador desarrollado de un modo determinante a partir del derecho occidental, existe una base fundamental que permite advertir una simetría a través de la cual es posible establecer relaciones de diálogo y reciprocidad con el orden jurídico del país. De esta forma se puede cumplir sin dificultad la disposición de que las normas y procedimientos provenientes de las autoridades indígenas “no sean contrarios a la constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. Esto debe ser así y, de igual forma debe cumplirse la condición recíproca, es decir, la constitución no puede ser contraria a las tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas, a su derecho propio y a las normas y procedimientos que se adopten para la resolución de conflictos. Este es un punto, como se sabe, objeto de debates que ofrece la oportunidad para evaluar y hacer valer la vigencia de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad previstos ampliamente en diversos artículos de la constitución. Entre el artículo 1 y el 423 se pueden encontrar diversos artículos en los cuales se asumen estos principios de un modo enfático y sustantivo.

A lo largo de la historia se han podido observar los conflictos que se desarrollan entre la justicia ordinaria y la indígena cuando se requiere que esta ha de ser aplicada cuando ha sucedido un ilícito que debe ser juzgado. Esto ha generado desigualdades e inconformidades, ya que en este caso el Ecuador, por medio de su Constitución, debería garantizar que exista la libertad de ideología para que cada comunidad indígena la aplique cuando quiere realizar actividades de juzgamiento debido a problemas concernientes la convivencia o delitos. Del mismo modo, los resultados e informes que son emitidos por cada asamblea, deben ser aceptados y respetados por la justicia ordinaria.

Al considerar los artículos de la Constitución ecuatoriana de 2008 referidos al reconocimiento de la justicia indígena se ha podido apreciar que se trata de instrumentos fundamentales que permiten afianzar la lucha por las reivindicaciones indígenas, más allá del uso retórico que se le pueda dar a los respectivos textos. En tal sentido, es conveniente hacer énfasis en que dicho reconocimiento tiene también un alcance internacional pues recoge los conser-



sos que se han producido especialmente en el ámbito latinoamericano cuyas poblaciones indígenas han estado afectadas por los procesos de colonización y neocolonización.

Estos cambios constitucionales incorporan el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas como un hecho histórico que va más allá de la conquista que se inició en el siglo XV, pues se trata de pueblos que habitaban un territorio, que cultivaron tradiciones ancestrales, que se desarrollaron socialmente en comunión con la naturaleza y crearon un conjunto de normas para su organización y funcionamiento. Como se ha visto, este reconocimiento en el articulado de la constitución supone legitimar el derecho a partir de hechos incontrovertibles. No se trata, por tanto, de una concesión del Estado o de los gobiernos de turno, sino de la aceptación de diversas culturas que se habían desarrollado política y jurídicamente. La existencia de una filosofía y de una cosmovisión, tal como se ha visto, es precisamente la base de legitimación de su existencia y de sus derechos.

Los derechos indígenas constitucionalizados y su legitimación estatal

A pesar de la incorporación de los derechos indígenas en el marco de la constitución que supone entonces el reconocimiento de dichos derechos en el marco normativo del Estado, no necesariamente se puede asegurar que se ha alcanzado un estado cabal de legitimación. Ciertamente la constitución es un instrumento normativo y a la vez legitimador de las normas subsidiarias que se produzcan y de las acciones que se realicen en el seno de la sociedad. Pero ello no significa que efectivamente se reconozcan los derechos indígenas y, con ellos, la densidad, la potencia y los alcances de la cosmovisión que los pueblos han desarrollado especialmente en atención a la justicia. Este es un aspecto muy importante debido no solamente a las dificultades hermenéuticas y procedimentales que crea el derecho positivo, sino también al considerar las ambigüedades interpretativas que pueden surgir en la consideración del proceso de legitimación.

La legitimación, como ha dicho Habermas, es un proceso complejo donde deben cohesionarse la heterogeneidad de los hechos, la multiplicidad de las normas y los principios de validez y verdad. En el caso de los pueblos indígenas se presenta una complejidad semejante a la planteada por juristas y filósofos, a la que se añaden los profundos desniveles históricos y sociales que han

afectado a dichos pueblos. Esto hace que la legitimación suela ser invocada no por los sujetos sociales afectados sino por los creadores de las normas. Y de esta manera, aparece una dislocación esencial en los mecanismos discursivos y fácticos que dan lugar a un proceso real de legitimación, pues esta debe ser el resultado inmanente de las luchas y esperanzas de los pueblos indígenas y no meramente el producto de la ingeniería jurídica y de la retórica contenida en las políticas públicas.

En este contexto se pone de manifiesto el tradicional problema de las relaciones entre legalidad y legitimidad. A pesar de que existe un andamiaje jurídico que va desde la constitución hasta las leyes y que, por tanto, se pueda hablar de la legalidad de la justicia indígena, se puede observar también que esta justicia ha sido desconocida en los hechos e incluso en el marco del derecho procesal. Y esto mostraría entonces que la legitimidad de la justicia indígena sigue afectada por diversos obstáculos de carácter jurídico, social y cultural. El extremo grado de aislamiento que se aprecia en diversas comunidades ecuatorianas de la sierra y de la selva, y más que ello, el deterioro y la exclusión a la que han sido sometidos incluso bajo el manto de políticas públicas asistencialistas, es un testimonio y un signo de la manera como efectivamente no se han legitimado sus derechos.

En este sentido, se debe llamar la atención sobre esta circunstancia política e histórica, pues si bien los pueblos indígenas han sido afectados desde la conquista hasta hoy, no se trata de que sean salvados esta vez desde el Estado y sus leyes. Debe reconocerse que la constitución actual representa un paso fundamental en el reconocimiento de la justicia indígena, pero ello no ha de interpretarse como una base que dé lugar a un proceso salvacionista del mundo indígena. Precisamente, iniciada la colonización en el siglo XVI se intentó salvar el alma de los indígenas y por esa vía se terminó esclavizándolos y sometiéndolos a una historia de servidumbre. Entre el siglo XX y el XXI se ha superado notablemente ese esquema colonizador, pero detrás de la visión asistencialista del Estado puede encontrarse un nuevo intento de salvar a los indígenas bajo la retórica del reconocimiento de sus derechos. Y si en definitiva se constata que se trata solamente de retórica o de iniciativas políticas contingentes y sometidas a la hegemonía de las élites, se podría quizás repetir, aunque bajo un nuevo formato, el esquema salvacionista.

Hay excepciones destacables como las que se hallan en el cooperativismo indígena apoyado por el Estado o la participación política que han alcanzado los indígenas en el ámbito legislativo, administrativo, judicial y académico. Pero



esto no ha significado una reducción de las tendencias de inequidad e injusticia que los han afectado. Uno de los aspectos determinantes de la presente investigación ha sido precisamente el de no entender la recuperación de los pueblos indígenas como resultado de un proceso de intervención y reparación, sino como la experiencia autónoma de auto reparación que supone, obviamente, la presencia del Estado sin que ello suponga que desde instancias políticas externas los indígenas han de organizar el sentido de sus aspiraciones ancestrales en el contexto de los desarrollos sociales y culturales actuales, pues solo en la medida en que los pueblos indígenas puedan ofrecer el testimonio cabal del reconocimiento de sus derechos puede hablarse de una transformación que permitiría pensar la legitimidad no como una referencia vacía sino como una realidad histórica.

Es preciso erradicar cualquier lectura lineal o reduccionista en el análisis y la relación entre pueblos indígenas y Estado. El reconocimiento de derechos por sí mismo no provocará un cambio estructural, sino es acompañado de una profunda transformación en la matriz estatal y cultural. Boaventura Santos de Sousa, afirma:

“Lo que está en disputa no es solamente un conjunto más o menos innovador de políticas públicas, sino también, y, sobre todo, un pacto político nuevo que además contienen una dimensión de cambios civilizatorios. En este sentido, el pensamiento político de los cambios presupone el desplazamiento político de todos los instrumentos teórico - analíticos que impidieron los cambios o los trivializan. Los cambios pueden resumirse en tres conceptos transicionales: Desmercantilizar, democratizar y descolonizar...”.

Expectativas como las planteadas por este teórico del pensamiento decolonial, ciertamente exige que los pueblos indígenas puedan ver reflejadas sus aspiraciones ancestrales en el marco de la constitución. Esto permite dotarles de un instrumento que permita avalar y, ciertamente legitimar sus luchas. Pero no debe dejarse de lado que se trata del orden normativo de origen occidental, inspirado básicamente en el positivismo y en las jerarquías kelsenianas que hacen que el derecho pueda convertirse en un instrumento de sometimiento y no precisamente de liberación y transformación. Aun así, con la apertura constitucional que se ha producido, los pueblos indígenas cuentan con nuevos instrumentos para tratar de revertir el proceso de discriminación y exclusión al que han sido sometidos hasta hoy.

La aprobación de dichos instrumentos desde el nivel constitucional representa ciertamente una ventaja aprovechable. En ese sentido, se puede subrayar



que los avances que ha tenido el reconocimiento de los derechos a nivel internacional, expresado también en el ámbito ecuatoriano, constituye una oportunidad histórica para los pueblos indígenas. No obstante, el apoyo que puede encontrarse desde el punto de vista jurídico e incluso académico en el ámbito nacional y en el latinoamericano en atención a las recientes reformas constitucionales, no significa que las luchas de los pueblos indígenas hayan alcanzado niveles de recuperación y de estabilización irreversibles. Como se sabe, la historia de América Latina ha estado sujeta a cambios políticos, sociales y culturales que no necesariamente garantizan los logros que se hayan alcanzado.

La existencia de un nuevo orden normativo no es garantía de transformación. Sin duda que es conveniente celebrar las reformas constitucionales que se han producido en los países andinos desde finales del siglo XX, particularmente en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. El contexto internacional ha sido favorable y se ha visto acompañado de los diversos acuerdos y tratados internacionales que han sido antes mencionados. En el caso específico del Ecuador, el reconocimiento de su condición multiétnica, pluricultural y plurinacional representa un avance significativo. Pero, como se ha dicho, las reformas constitucionales pueden llegar a ser un mero instrumento retórico, convertirse en constituciones de papel y no expresarse en la constitución efectiva de una nueva realidad.

El formalismo y el positivismo que tanta influencia ha tenido en la historia de América Latina no solamente han tenido expresiones jurídicas, sino que existe como concepción del mundo y de la vida y se ha prolongado hasta los tiempos presentes. Y es por ese motivo que se debe advertir que siempre el voluntarismo político de las élites y de los líderes de cualquier nivel o sector de la sociedad no puede ser la referencia principal que marque el sentido de los cambios. La experiencia histórica de muchos pueblos muestra que solamente la sociedad cohesionada y en el caso del Ecuador son las mismas comunidades cohesionadas las que pueden devenir en el sujeto político capaz de establecer cambios reales y duraderos.

Por otra parte, el hecho de que la Constitución del Ecuador del 2008 incorpore el ámbito territorial dentro de la jurisdicción indígena tiene consecuencias sobre el derecho a la tierra lo cual ha dado lugar a diversos debates. Esto supone que los diversos órganos de administración de justicia consideren los alcances de las demandas y aspiraciones que tienen los pueblos indígenas sobre el uso de sus territorios. En este sentido, es necesario tomar en cuenta que el artículo 171 de la constitución señala en primer lugar que: "el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y



autoridades públicas". Se trata de un señalamiento taxativo de carácter garantista que refuerza lo señalado en el primer párrafo del citado artículo. No obstante, a renglón seguido se advierte que las decisiones de la jurisdicción indígena "estarán sujetas al control de constitucionalidad" lo cual significa que, tal como en todos los aspectos contenidos en la constitución, el ejercicio de la justicia indígena y los efectos sociales que ello produzca no podrán estar en contra del espíritu y la letra de la constitución.

A este respecto es supremamente importante destacar el señalamiento final establecido en el citado artículo 171 donde se dice lo siguiente: "La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria", con lo cual se establece la necesidad de armonizar ambas jurisdicciones, lo cual, en términos de equidad y justicia, supone que una no afecte a la otra pues se trata de fijar la coordinación y cooperación entre ellas. Sobre este aspecto ya existe un marco normativo y la respectiva jurisprudencia que ha sido objeto de diversas controversias. Lo importante es que se cumpla el espíritu y la letra de la constitución en atención a los amplios efectos que puede tener la respectiva legislación subsidiaria. Esto significa que la incorporación del derecho indígena en el marco de la constitución y las leyes, debe ser una referencia sustantiva para que la administración de justicia procure mantener el reconocimiento de dichos derechos con todas sus implicaciones.

Del mismo modo, en el campo de la formulación de políticas públicas referidas a la salud, educación, tierra, justicia, entre otros, al Estado le corresponde atender los requerimientos, las demandas y las expectativas de los pueblos indígenas a través de las respectivas instituciones y organismos que puedan dar respuesta a los problemas que se han acumulado históricamente y a los que surgen con las nuevas realidades ligadas por ejemplo, a las tendencias ecológicas, demográficas y aquellos aspectos en los cuales ha tenido efecto el fenómeno de la globalización.

Sin los respectivos ajustes en el proceso de toma de decisiones políticas de alcance social, económico y cultural, el texto de la constitución quedaría relegado a ser un instrumento meramente discursivo, sujeto a la demagogia y al aprovechamiento por parte de determinados intereses. Quizás el ejemplo más claro de esto aparece con las iniciativas extractivistas relacionadas con la minería que pretenden ser impuestas en los territorios que habitan las comunidades indígenas sin tomar en cuenta los efectos devastadores que se producirían en el medio ambiente y en general en la naturaleza, todo ello sin contar con la opinión de las comunidades a través de un amplio y equitativo proceso de consulta.



Las constituciones latinoamericanas y su adaptación a nuevas realidades

Es necesario subrayar lo antes señalado en atención al hecho de que la fuerza histórico política de los cambios constitucionales que se han producido en el Ecuador entre finales del siglo XX y el XXI aparece en un contexto favorable a la reivindicación de los derechos indígenas tanto en algunas constituciones de América Latina, así como en acuerdos y foros regionales y mundiales. Como se ha dicho, tradicionalmente las constituciones latinoamericanas incorporaron los derechos universales que fueron consagrados en el derecho internacional a partir de la experiencia histórica de la Revolución francesa y de la Revolución norteamericana. Pero del mismo modo, tal como se ha insistido, las constituciones latinoamericanas deben dar cuenta de la heterogeneidad cultural y política de sus pueblos y, sobre todo, deben dar respuesta al prolongado período de despojo, explotación y opresión que se desarrolló durante la colonización cuyos efectos todavía son visibles.

Son innumerables y diversos los aspectos que han recogido y han de recoger las constituciones frente a las demandas históricas de los pueblos indígenas. Tal solo a manera de ejemplo se puede destacar el reconocimiento de la cosmovisión andina, de los derechos ancestrales, de la posesión de las tierras, del vínculo armónico con la naturaleza, la propiedad colectiva, la administración de justicia, la autonomía política y las situaciones de inequidad e injusticia que han venido atravesando dichos pueblos.

Como se sabe, ya desde finales del siglo XX en América empezaron a tomarse iniciativas en el ámbito constitucional y legal. Baste recordar las reformas que se produjeron en Canadá en 1982, en Guatemala en 1985 y en Nicaragua en 1985 donde ya se apreciaba la necesidad de reconocer que el Estado debía ser visto en su dimensión multicultural y que los derechos individuales y colectivos de diversas comunidades debían ser claramente reconocidos. Este fue un momento significativo en el proceso de reformas relacionadas con la demanda de reconocimiento más allá de los cánones europeos determinados por la idea del Estado nación que buscaba tan solo unificar y darle homogeneidad a la sociedad a partir de estructuras jerárquicas.

Pero sin dudas fue en la última década del siglo XX cuando se produjo un movimiento de reformas constitucionales que fueron más allá del reconocimiento del derecho a la multiculturalidad, pues se incorporó la plurinacionalidad, la condición multiétnica y el pluralismo jurídico a través del cual se le da el debido reconocimiento a la justicia indígena y a todas las consecuencias que de ella derivan. En



suma, el reconocimiento de lo pluricultural, de lo multiétnico, así como la ampliación de los derechos de los pueblos indígenas que se expresa especialmente en el reconocimiento de la justicia indígena, son aspectos que es necesario celebrar dentro del conjunto de cambios políticos que se han producido en las últimas décadas.

No obstante, es con las recientes y vigentes constituciones de Ecuador y Bolivia donde se aprecia de un modo emblemático y sustantivo la incorporación de la multiculturalidad en su nexo con la idea del Estado plurinacional, pues ya no se trata del Estado nación, sino de las diversas naciones que suponen una amplia y compleja heterogeneidad cultural. Se pasa así, de un modo consolidado, de la vieja tradición liberal a un marco de reconocimiento de las comunidades y los pueblos en términos igualitarios con el respeto de las correspondientes jurisdicciones. La justicia indígena deja de ser una evocación o un ritual demagógico para convertirse en un instrumento de rango constitucional. Tal como se ha dicho, que se haya alcanzado ese rango no significa que se cumplan todas las consecuencias que de allí se derivan, pero representa un punto histórico de inflexión que solo con el paso del tiempo podrá ser evaluado adecuadamente.

En el caso concreto del Ecuador, la Constitución de 2008 en el marco de los diversos acuerdos y tratados aprobados a nivel internacional es muy clara en atención a lo antes señalado. Tal como se ha comentado anteriormente, el artículo 171 de dicha constitución es contundente en el reconocimiento de las comunidades indígenas, de su jurisdicción y en la necesidad de que el Estado debe garantizar la existencia y funcionamiento de la justicia indígena. Valga destacar asimismo que el citado artículo 171 se ve reforzado claramente con el establecimiento de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades tal como se estipulan en los artículos 56, 57, 58, 59 y 60. El artículo 56 encabeza este capítulo al señalar que "Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montuvio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e invisible". De esta forma se señala explícitamente la amplitud etnográfica e histórica que recoge la constitución conforme a las diversas formas de organización social.

El citado artículo se refuerza detalladamente a través del artículo 57 mediante el cual "se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas", un conjunto de derechos colectivos donde se destaca la identidad, el sentido de pertenencia, las tradiciones ancestrales y formas de organización social, el derecho a no ser discriminado por razones étnicas o culturales, el derecho a la reparación y al resarcimiento cuando se es afectado por la intolerancia o la discriminación; el derecho a la propiedad de tierras comunitarias de un modo imprescriptible, inembargable e indivisible,



así como el uso, administración y conservación de los recursos naturales de dichas tierras; la obligatoriedad de la consulta previa y el consentimiento en todos aquellos asuntos que puedan afectar el medio ambiente; la participación en la protección de la biodiversidad, el respeto a la autoridad y a las formas de convivencia y de organización social; el ejercicio del derecho consuetudinario; la prohibición del desplazamiento de sus tierras ancestrales; la protección de sus conocimientos y saberes ancestrales; la protección de su entorno natural y de sus lugares sagrados, de su patrimonio cultural e histórico y del sistema de educación intercultural bilingüe.

Del mismo modo, se reconoce el derecho a la organización y a sus diversas formas de expresión en el marco del pluralismo y la diversidad cultural y política; la participación en organismos oficiales relacionados con la formulación de políticas públicas especialmente aquellas atinentes a sus prioridades como pueblos y comunidades en el marco del Estado; la necesidad de ser consultados sobre cualquier medida legislativa que pueda afectarlos; la promoción de la cooperación con otros pueblos nacionales e internacionales y, en general, el respeto de sus dignidades, de sus tradiciones, de sus formas de vida, todo lo cual deberá ser garantizado por el Estado.

Es importante destacar cómo en la Constitución de 2008 se incorpora la facultad de las autoridades indígenas para el juzgamiento, el cual puede ser dado siempre y cuando exista concordancia con lo establecido en la propia Constitución, así como también en los Convenios de Derechos Humanos, que permiten el control de las decisiones y actos por parte de la Corte Constitucional. Con ello se llega a comprender los límites que se dan en el juzgamiento, los cuales pueden ser definidos por las leyes vigentes, más aún cuando se trata de la circunscripción territorial, pues se pone en tela de duda temas de jurisdicción y su respectiva competencia, debido a la brecha que existe por la ausencia de normas efectivas que coordinen los dos tipos de justicias.

En suma, se puede apreciar que este nuevo ejemplo de constitucionalismo, en el marco de los tratado y acuerdos internacionales, recoge un conjunto de demandas de reconocimiento y respeto por parte de las comunidades indígenas que abarcan ampliamente su ser y su quehacer históricamente concebidos a partir de la heterogeneidad cultural y étnica que existe en el Ecuador. Tal como se ha señalado, no se trata tanto de celebrar este logro político y jurídico, sino da hacerlo valer en su dimensión histórica considerando, sobre todo, que la tendencia social y cultural que se produjo con la colonización tomó (y sigue tomando) en diversos momentos de la historia ecuatoriana una dirección distinta o contraria al reconocimiento de los mencionados derechos.



Conclusiones

La presente investigación ha permitido mostrar que la justicia indígena en el Ecuador está sustentada en una concepción del mundo y de la vida que se expresa en diversos ámbitos, desde la tierra, pasando por las tradiciones y costumbres, hasta el orden jurídico. Se ha podido establecer en ese sentido que esta justicia, tal como está prevista especialmente en el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana de 2008, se encuentra justificada histórica y filosóficamente y ello permite ofrecer una vía para consolidar las bases culturales de su reconocimiento.

Se han utilizado diversas fuentes provenientes de la cultura europea y norteamericana y de la cultura andina y latinoamericana. El examen de esas fuentes ha sido de gran utilidad tanto para mostrar la distancia que existe entre la cultura occidental y las culturas indígenas, así como para advertir semejanzas de gran valor. No se ha tratado de asumir una posición irreductible ni una actitud ecléctica, sino que se han utilizado los argumentos en el lugar pertinente desde el punto de vista del trabajo hermenéutico. La tarea más importante ha consistido en mostrar desde diversos ángulos la densidad cultural y filosófica de la justicia indígena.

Es indudable que un aspecto que debía ser abordado, debido a sus diversas implicaciones, es el de la percepción del indígena americano no solamente por parte de los así llamados descubridores, sino también por la cultura que se ha sedimentado hasta hoy a partir de dicha percepción cuyas consecuencias han sido notablemente perjudiciales para el destino de los pueblos indígenas. Se trata de una historia que ha sido largamente estudiada, que permite apreciar dos tendencias fundamentales. Por un lado, el desarrollo de un esquema sistemático de opresión, discriminación y exclusión que tenía como base antropológica y cultural la percepción del indígena como un pueblo primitivo, salvaje, bárbaro, entre otras calificaciones que permitieron consagrar un estado de desigualdad e injusticia. Por otro lado, se ha insistido en la necesidad de



destacar el valor histórico de la resistencia indígena que, si bien fue derrotada militar y políticamente y luego desplazada y anulada en el ámbito social y cultural durante el período de la colonización, ha venido alcanzando su reconocimiento en el ámbito internacional y en diversos países donde los pueblos indígenas constituyen una minoría emblemática de la sociedad.

El doble movimiento de sometimiento y resistencia de los pueblos indígenas ecuatorianos ya se había producido antes de la llegada del imperio español. El enfrentamiento político, militar y social de los Shyris a raíz de la invasión del imperio Inca representó un momento histórico decisivo a partir del cual, desde el siglo XVI, logró posicionarse la hegemonía del imperio español. Quito fue el epicentro de diversos acontecimientos que se convirtieron en testimonio de la lucha por el poder, de la resistencia, de la opresión imperial y, en definitiva, del establecimiento de un proceso de colonización que le permitió a España trasladar e imponer sus instituciones, sus leyes, su religiosidad y sus costumbres. Ya desde esa época se dio inicio a la justificación religiosa, filosófica y legal que conducía a dejar de lado las diversas formas como se había constituido la cultura indígena desde su cosmovisión hasta el modo de hacer efectivos sus derechos.

De allí que un aspecto central de la presente investigación haya estado orientado a mostrar diversos principios que constituyen la base de la filosofía andina, considerando que se trata no de un aspecto superestructural sino por el contrario, para decirlo con Castoriadis, de la “institución imaginaria” que dio lugar a la cultura de la comunidad. En tal sentido, se ha insistido en mostrar especialmente las diferencias que se observan con la cultura y la filosofía de Occidente. La concepción panteísta del mundo, donde el hombre no es dueño y señor de la naturaleza, sino una parte de ella, es decisiva para comprender el sentido de la cosmovisión andina. El fundamental principio de relationalidad que da lugar a otros principios para la comprensión



del universo, es la base articuladora para mostrar la distancia que existe entre la cosmovisión andina y la metafísica occidental, orientada por una concepción trascendente del universo, por la percepción lineal del tiempo, así como por el creciente énfasis en el individualismo y en la escisión entre el hombre y la naturaleza.

En la filosofía andina del universo se puede apreciar que los diversos principios basados en la relationalidad del cosmos se expresan en las distintas formas como coexisten las infinitas partes de la naturaleza y entre ellas, el hombre. La antropología andina supone una concepción filosófica que no observa al hombre como individuo, como mónada que llega a la sociedad a través de una línea de progreso justificada en artificios políticos. El hombre indígena no puede ser concebido sino como expresión de la comunidad. Su historia es un movimiento cílico expresado en las diversas formas de cohesión, solidaridad y sentido colectivo de la vida y del mundo. De allí que se haya procurado mostrar precisamente la correspondencia que existe entre la cosmovisión y la visión que los pueblos tienen de sí mismos, una de cuyas expresiones fundamentales se halla en la ética, vista no como un conjunto de preceptos trascendentales sino como búsqueda de la armonía con el universo. Es por ello que se ha destacado la centralidad de la simbología, de los ritos y de la fiesta a través de la cual los pueblos indígenas muestran su comuniación con la naturaleza.

Al considerar que esta es una base decisiva a través de la cual tuvo lugar la conservación de la cultura y la filosofía indígena, se puede poner de manifiesto que la resistencia de los indígenas y la necesidad de perseverar en su existencia como pueblo es lo que ha dado lugar a un proceso histórico de reconocimiento que se inició en el ámbito internacional a través de diversos convenios y tratados y se materializó en el así llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. La actuación que han tenido algunos



organismos internacionales desde las Organización de las Naciones Unidas hasta la Organización de Estados Americanos, se ha concentrado en la necesidad de reconocer los múltiples derechos de los pueblos indígenas ocultados, desplazados o manipulados ya sea por tendencias ancladas en el positivismo jurídico o por orientaciones de corte neoliberal desentendidas de los problemas de desigualdad e injusticia que se han consolidado en la época contemporánea. La historia del así llamado derecho de gentes en el marco de una concepción positivista, y de los debates a los que dio lugar, es reveladora de las diversas formas políticas y jurídicas que, en definitiva, condujeron al desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

La recuperación de esos derechos por parte de los movimientos indígenas se fue articulando de diversas maneras y tiempos junto a la reivindicación progresiva de los derechos humanos, más allá de las declaraciones que se produjeron en Francia y Estados Unidos en momentos decisivos de la Modernidad. Precisamente un aspecto que ha servido para consolidar la investigación de las bases filosóficas del derecho indígena está relacionado, no con la búsqueda del reconocimiento de principios abstractos fruto de una razón ilustrada, sino con la necesidad de comprender la heterogeneidad cultural, la interculturalidad y las diversas formas como los pueblos indígenas se han organizado social y políticamente. Se podría sostener que su cosmovisión se ha expresado también como filosofía práctica, vale decir, no como una tendencia homogénea y trascendente, sino como reconocimiento de las diversas experiencias culturales a través de las cuales las comunidades se relacionan con la naturaleza. Se ha buscado mostrar que este ha sido un aspecto decisivo que también entró en sintonía con algunas tendencias renovadoras del pensamiento europeo y latinoamericano. Se trata de haber asumido la diversidad cultural como una dimensión fundamental para entender la conexión entre los hombres, sus procesos de autocomprepción y su valoración de la naturaleza.



Por esos motivos se ha puesto de relieve el hecho de que el reconocimiento de la justicia indígena, tal como se observa en la vigente Constitución de Ecuador y de otros países de América Latina, es el resultado de un proceso histórico cultural. A lo largo de la investigación se ha insistido en que no se trata de una concesión política sino de un ejercicio de legitimación que ha obligado al Estado a darle a dicha justicia un rango constitucional. Si bien este hecho es históricamente importante, no necesariamente es una garantía de que el reconocimiento de la justicia indígena se haga valer históricamente. Como se ha dicho, es mucho más importante hacer valer la constitución históricamente efectiva de la cultura indígena que su inclusión en el texto de la constitución. Las bases filosóficas constituyen los cimientos y a su vez las claves de la articulación cultural y jurídica que son, en definitiva, las que representan la garantía de su cumplimiento. La normativa subsidiaria a la constitución, así como la jurisprudencia relacionada con la aplicabilidad de la justicia indígena en el marco del derecho procesal, adquieran legitimidad y pertinencia solo en la medida en que hagan valer las bases filosóficas y las tradiciones que supone la cosmovisión andina.

De allí la importancia que tiene la justicia comunal de los pueblos indígenas, que goza de un alto nivel de aceptación y confianza entre sus usuarios debido a que toma en cuenta los valores tradicionales y las normas que ha establecido la comunidad. El objetivo principal de la justicia indígena es restaurar la paz en la comunidad, y por ello está orientada enfáticamente hacia el logro del consenso. Es por ello que la mayoría de las disputas sean resueltas por las vías del compromiso o la conciliación. De la misma forma, el castigo no es visto como un proceso de exclusión o muerte, sino como una forma humanizada de compensación que sigue los dictados del derecho consuetudinario. Por ello se puede sostener que la jurisdicción indígena y sus procedimientos forman parte de la identidad cultural de diversos pueblos y nacionalidades, cuyas prácticas se vienen realizando cientos de años antes de la llegada de las instituciones



occidentales. Los homicidios, robos y diversas infracciones siempre han sido resueltos con base a las costumbres y al derecho consuetudinario que, después de haber sido visto como una tradición ilegal, fue restituido y legitimado en el ámbito nacional e internacional.

El artículo 171 de la Constitución del Ecuador, ciertamente decisivo desde el punto de vista político y jurídico, no debe ser visto como el resultado de la voluntad de las élites o de las contingencias políticas, sino como la expresión de diversos acontecimientos internacionales, nacionales, sociales, culturales que han tenido como hilo conductor y soporte, la organicidad y a su vez la heterogeneidad de la cultura indígena. Esto ha sido posible gracias a las diversas comunidades y a la creación de movimientos que han procurado hacer justicia desde bases sociales y antropológicas que se distinguen por el hecho de estar guiadas por principios desde los cuales se interpreta la naturaleza y el devenir del hombre. El reconocimiento social y político de los pueblos indígenas, vistos desde la heterogeneidad de sus relaciones multiculturales supone, del mismo modo, como base histórica, una concepción ancestral del mundo y de la vida, vale decir, una filosofía que respalda orgánicamente la forma de hacer justicia. Que este reconocimiento se haya incorporado a la vigente Constitución del Ecuador, es un testimonio de la fuerza y también de los desafíos que siguen asumiendo los pueblos indígenas.



Glosario de Términos

Abya Yala: Nombre dado por los Kunas (pueblo originario de Panamá y Colombia) al continente americano, el cual significa tierra viva, madura o en florecimiento. De acuerdo a su historia se referían a Kualagum Yala, Tagargun Yala, Tinya Yala, y Abya Yala. Este último coincide con la llegada de los conquistadores a América. A su vez este término es un símbolo de respeto e identidad hacia los primeros pueblos que habitaron el continente. Abya Yala proviene de dos palabras: "Abe" - sangre y "Yala" - espacio, que quiere decir tierra de sangre. Tiene otros significados como: tierra de vida, tierra de sangre vital, tierra en plena madurez, tierra que acoge a todos, así como territorio querido, salvado, preferido y tierra en juventud permanente.

Cosmovisión: Se define como la visión estructurada en donde los miembros de la comunidad unen sus nociones del medio ambiente que les rodea y el cosmos en que sitúan la vida de los hombres. Se conoce como concepto integrador también, puesto a que articula varios planos de existencia que dan a las formas de vivir coherencia y sentido, así como a las maneras de pensar. No obstante, están presentes otras pautas culturales que no están exentas de contradicciones ni uniformes como, por ejemplo: la religión. Proviene de dos términos: cosmos - todo lo que nos rodea (material y espiritualmente), y visión - forma de concebir, de ver el cosmos. Hay diversidad de cosmovisiones, por ejemplo, la ancestral indígena y la cosmovisión occidental moderna.

Derecho consuetudinario: Conjunto de prácticas, creencias y costumbres que los indígenas y sus comunidades las aceptan como normas obligatorias de conducta, forman parte de su vida, del sistema económico y social. Se caracteriza por ser una compilación de costumbres compartidas y reconocidas por la etnia, pueblo, comunidad, grupo religioso o pueblo, dadas por oposición a leyes escritas de una autoridad legal política constituida, que incumbe a la autoridad, por lo general al Estado.



Derecho indígena: De acuerdo a la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), es “el derecho vivo que, sin ser escrito, se evidencia a través de diferentes normas que regulan los diversos aspectos del convivir comunitario”. También se define como el conjunto de leyes tradicionales, que no son codificadas ni escritas, diferentes a los derechos vigentes en un país específico. Se basa en costumbres. Se fundamenta en la relación entre los miembros de una comunidad, que son Ama Quilla: no ser ocioso, Ama Llulla: no mentir y Ama Shua: no robar. Existen valores que sostienen este derecho como: colectividad, solidaridad, y reciprocidad.

Derecho natural: Es un derecho que se remonta a la época medieval y se prolongó hasta la edad moderna. Se refiere a principios éticos y sociales lógica e históricamente anteriores al establecimiento del derecho positivo. Se le atribuye un origen divino, aunque también fue considerado como una expresión de la condición natural del hombre.

Estado-nación: Es la combinación de dos entidades. Cuando se habla de nación se refiere a un pueblo o conjunto de personas que tienen una identidad colectiva (nacionalidad), que siguen formando parte de ella. El Estado se refiere a un país independiente, y la nación es producto de la autoperccepción de la población. Cada individuo ha de percibir un denominador común que le une a otros, ya sea por la cultura, etnia, pasado, valores. Cuando el conjunto de mujeres y hombres poseen la misma identidad nacional, se habla de nación. Se puede decir que es una comunidad imaginaria, establecida en un Estado, que se expresa de diversas maneras.

Formalismo: Se tienen dos tipos: Formalismo ético, hace referencia a la teoría de la justicia según la cual la cual es justo el acto conforme a la ley, e injusto a aquel que está en desacuerdo. El formalismo jurídico se circunscribe a una forma determinada de hacer teoría jurídica. Por lo general el formalismo se caracteriza por prescindir de la esfera social de las normas, así como del contenido.



Jurisdicción indígena: Hace referencia a la potestad de los indígenas para recurrir a sus instancias y autoridades internas para solucionar problemas y controversias que surgen en sus territorios. El juicio la y toma de decisiones están determinados por las normas que tradicionalmente ha establecido la comunidad.

Justicia indígena: Es un sistema de procedimientos, disposiciones, órganos jurisdiccionales y disposiciones de los pueblos indígenas para acceder a la jurisdicción del Estado en temas de justicia. Se fundamentan en tradiciones, usos y costumbres de las comunidades, y su objetivo es reestablecer la paz social y el orden.

Pensamiento decolonial: Nace como una propuesta crítica en el seno de las ciencias sociales, fundamentada en la sociología, la economía política, la historia y las relaciones internacionales. Se plantea como un punto de inflexión que tomaron las teorías poscoloniales. Se impulsa desde Latinoamérica, como decolonialidad - modernidad - colonialidad.

Positivismo: Consiste en una corriente filosófica según la cual el conocimiento se deriva de la experiencia, y puede ser respaldado por el método científico, razón por la cual rechaza cualquier tipo de conocimiento previo a la experiencia. Epistemológicamente significa conocimiento adquirido independientemente de su valoración. Tiende a desestimar o a refutar ideas previas. Está siempre sujeto a la posibilidad de que sea refutado con la debida objetividad.

Positivismo jurídico: Es la doctrina que le otorga prioridad al derecho establecido por una autoridad, esencialmente el Estado. En la evaluación de los deberes y derechos de la sociedad privilegia lo que está previsto en la Constitución y las leyes y tiende a desestimar el valor de otras fuentes (derecho natural, derecho consuetudinario, etc.) desde las cuales se ha buscado hacer justicia.



Referencias Bibliográficas

- Anaya, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Argentina, editorial Trotta, 2005, p. 15.
- Aristóteles. Política, Madrid: Alianza editorial, 2015.
- Ariza, Juan. Génesis y desarrollo del protestantismo 1889-1915. Misioneros y civilizadores: protestantismo y modernización en el Perú 1915-1930. Perú, Editorial Pontificia Universidad de católica de Perú, 2002, t. III, p. 80.
- Assies, W., Gemma van der Haar, Hoekema, A. El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del estado en América. México, editorial D.R. El colegio de Michoacán, 1999, p. 343.
- Ayala Mora, Enrique (Editor). Historia del Ecuador, I: Época aborigen y colonial, Independencia. Quito: Casa editora: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Bandieri, Luis. Política, soberanía y neoconstitucionalismo. Buenos Aires, N° 13.881, 2015, pág. 5.
- Bartolomé, Miguel. Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina. México, Siglo XXI, 2006.
- Bello, Andrés. Principios de derecho de gentes. Madrid, editorial Gómez Fuentenebro, 1844
- Benítez, L., Garcés, A. Culturas ecuatorianas: ayer y hoy. Ecuador, Editorial Abya Yala, 1993, t. I, p. 102.
- Beuchot, Mauricio. Antropología Filosófica y dignidad humana en Bartolomé de las Casas en Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas. Barcelona: Editorial Anthropos, 1994 p.29-44.
- Boaventura Dos Santos y Agustín Grijalva Jiménez. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito, Abya Yala, 2012.
- Boaventura de Sousa Santos Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. Bolivia, Editorial Plural, 2010.
- Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid, Editorial Sistema Colección, 1991
- Borges, Pedro. Misión y civilización en América. Madrid: Editorial Alhambra, 1992.
- Bravo, Bernardino, Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989.



Burbano, Felipe. *Transiciones y rupturas: El Ecuador en la segunda mitad del siglo XX*, Ecuador, editorial FLACSO, 2010.

Carmagnani, Marcello. *El otro Occidente: América Latina desde la invasión europea hasta la globalización*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

Carrasco, Morita. *Los derechos de los pueblos indígenas en la Argentina*. Buenos Aires, IWGIA, 2008

Carrión, Benjamín. *Atahualpa*, Ecuador, editorial Ecuador F.B.T. CIA, 1992, t. I, p. 34.

C.B. Macpherson. *La teoría política del individualismo posesivo*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

Camacho, Oscar. *Estado plurinacional: elementos para el debate. Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*. Vicepresidencial de Estado. FBDM, La Paz, 2010.

Casado E., Pablo G. y González L. Arturo (Coord.). *Etnicidad, democracia y autonomía*. México, D.R. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

Castro, Milka. *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Chile, Gemma Rojas Roncagliolo, 2014.

Cevallos, Raúl Clemente. *La justicia indígena en el marco de la violencia de género*. Revista ecuatoriana de ciencias sociales y jurídicas. Universidad Técnica del Norte, Vol. 1, N° 3, 2017, p. 10-29.

Chacón, Carlos. *Contribuciones a la proyección y fundamentación del concepto: derecho consuetudinario indígena*. Alegatos. N°89, 2015, p.53-70.

Chalaco, Luis. *Aplicación de las normas y procedimientos en los conflictos y competencias entre la justicia indígena y ordinaria en el Ecuador*. Universidad Técnica de Machala, 2018. Disponible en: <http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/8531>.

Charpenters, C., y Stavenhager, R. *El desafío de la declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague, IWGIA, 2010.

Claude Levi Strauss. *El pensamiento salvaje*, México: FCE, 2006.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 09/03/2009, Última modificación: 22/05/2015, Estado: Vigente, Art. 343.

Colmenares Olívar, Ricardo. *El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El caso Venezuela*. Frónesis. N°13, Vol 3, 2009, p.56-99

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual. 1. Relatoría sobre los Derechos de los pueblos indígenas*. Washington, 2007.

Comisión Económica para América Latina (CEPAL). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Naciones Unidas. México. 2014.

Comte, Augusto. *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid: Aguilar, 1980.

Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador, 2008.



Dávalos, Pablo. Pueblos indígenas, estado y democracia. Universidad de Michigan, CLACSO, 2005.

Dávalos, Pablo. Movimiento indígena en América Latina: el derecho a la palabra. Pueblos indígenas, Estado y democracia. Buenos Aires, CLACSO, 2005.

Davies, Julie. Indigenous law in Central America: a key to improving life and justice. Michigan State Law Review. p. 673-742.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. 1789. Pamplona: Editorial Laetoli, 2018.

De la Cadena, Marisol. Formaciones de indianidad. Articulaciones raciales, mestizaje y nación en América Latina. Popayán: Editorial Envión, 2007.

De las Casas, Bartolomé. Historia de las Indias, Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1986.

De la Cueva, Azuela y González Martínez, C. México y España: Huellas contemporáneas. Murcia: Universidad de Murcia, 2010, p.51-68.

Díaz Ocampo, Eduardo y Antúnez Sánchez, Alcides. La justicia indígena y el pluralismo jurídico en el Ecuador. El constitucionalismo en América Latina. Derecho y cambio social, 2016, N° 13, Vol. 44, p.1-38.

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Universidad de Oxford, editorial ARIEL, 1977

“Debate de la Ley de Tierras inicia en medio de la oposición de grupos indígenas y miembros de AP”, publicado en El Universo, Quito, del 22-01-2015.

Elders, Leo J. Santo Tomás de Aquino y la evangelización de las gentes, Navarra: Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2001.

Espinosa Rico, Miguel Antonio. Nacimiento del estado nación en los países andinos amazónicos: De la colonia a la semicolonía y el neocolonialismo en el Siglo XIX. Ponencia presentada en el XV Encuentro de Geógrafos en América Latina. La Habana, 2015.

Espinoza, Álvaro. El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena como Derechos Humanos: su estado en el Derecho Chileno Moderno. Cadernos de Dereito Actual. N°8, 2017, p.413-437.

Espinoza, Juan. Hacia una nueva concepción del denominado abuso de derecho frente a la crisis de la tipicidad del derecho subjetivo. Los principios contenidos en el título preliminar del Código civil peruano de 1984. Perú, editorial Pontificia Universidad Católica, 2005, t. II, p. 103.

Estermann, Josef. Pachasofía: cosmología andina”, Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina. Ecuador, editorial Abya Yala, 1998, t. VI, pp.139-186.

Fernández, Virginia. Los discursos de la colonización en la época del “imperialismo”. Universidad de Cantabria. 2015-2016., p. 1-59

Figuera Vargas, Sorily Carolina. Jurisdicción especial indígena en



Latinoamericana. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano. Barranquilla, Universidad del Norte, Grupo editorial Ibáñez, 2015.

Fresco, Antonio. La arqueología de Ingapirca: costumbres funerarias, cerámica y otros materiales. Ecuador, s/ed, 1984, t. I, p. 161.

Galeote, Manuel. El humanista indiano Cabello Balboa ante la terminología de la naturaleza americana y las lenguas indígenas. *Analecta malacitana: Revista de la Sesión de Filología de la Facultad de Filosofía y Letras*. 1999, Vol. 22 N°2, p. 549-570.

García Laguardia, Jorge Mario. Derechos humanos y proceso constitucional en América Latina. Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades*. 2007, N°17, p. 95-107.

García Lozano, Soledad T. Los Tratados Internacionales y Pueblos Indígenas. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N° 2, 2001, p1-34

Gentili, Alberico, *De Iure Belli Libri Tres*, Oxford: Clarendon Press, 1933.

Guevara Corral, Ruben Darío. La resistencia indígena: una forma de fortalecer la cultura, la autoridad y los derechos humanos. *Historia Actual Online*. N°20, 2009, p. 61-66.

Gómez Rivera, Magdalena. Sobre la naturaleza del derecho indígena. *Reconocimientos constitucionales y legales*. Alteridades 1993, Vol 3, N°. 6, p.87100.

Gómez Santibáñez, Guillermo. La resistencia indígena: memoria contra el olvido. Centro Interuniversitario de Estudios Latinoamericanos y Caribeños. Managua, 2017, p. 1-12.

González, Federico, *Historia general de la República del Ecuador*, Ecuador, s/ed, 2016.

Grijalva, Juan Carlos. Civilización y barbarie en Las Catilinarias de Juan Montalvo. *Tesis de Maestría*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.

Grijalva Agustín. El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008. *Revista Ecuador Debate*. 2008, N° 75, p.49-62.

Guayasamin, Mateo. Identificación de motivos épicos en la historia antigua del reino de Quito: El héroe, la guerra y la visión del otro. *Tesis de Licenciatura*, Quito: PUCE. 2011.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 1998.

Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza Editorial. Véase la primera parte: "Del orden colonial al neocolonial", 2005, p.15-205.

Hardt, Michel y Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Buenos Aires: Debate, 2004.

Hegel, G.W.F. *Filosofía de la historia*, Madrid: Alianza, 2004.

Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Madrid: Alianza Editorial, 1989.

Höffe, Otfried. *Derecho intercultural*. Barcelona, Gedisa, ISBN 978-84-9784-330-0.



Huntington, Samuel P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona: Paidos, 1996.

Hualpa, Eduardo. *Derechos Constitucionales de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, editorial Ad Hoc, 2014.

Ibarra, Hernán. *Intelectuales indígenas, neoindigenismo e indianismo en el Ecuador*. Ecuador Debate. Quito: 48, 1999, pp.71-94.

Ibarra, A. *Los indígenas y el estado en el Ecuador*, Ecuador, editorial Abya Yala, 1992.

IWGIA. *The indigenous World 2019*, edited by Nathaniel Berger, David, Copenhagen: Elks-Skolens Trykkeri, 2019.

Illaquiche, Raúl. *Derecho propio, pluralismo jurídico y la administración de justicia indígena en el Ecuador*, Ecuador, editorial Universidad UNIANDES, 2015.

Iturralde, Diego. *Entre la Ley y la Costumbre, el Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano, México, s/ed, 1990, p. 9.

Jácome, Nicanor. *La tributación indígena en el Ecuador*. Sarance. Revista del Instituto Otavaleño de Antropología. N°2 Vol. 2, 1976, p. 79-107.

Johnson vs. M'Intosh, 21 U.S. 543 (1823). 5 L. Ed. 681.

Juárez, Jorge. *El Inca de Cuzco*, España, ediciones Akal, 2010.

Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Técnicos, 1991.

Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Madrid. Editorial Verbum, 2020

Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: FCE, 1988.

Kempis, Thomas. *De la imitación de Cristo o Menosprecio del mundo*, Madrid, s/ed, 1821.

Kymlicka, Will. *Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional*.

Larraín, Jorge. *Concepto de identidad. Identidad chilena*. Chile, editorial LOM, 2001.

Larrea, Carlos, Montenegro, Fernando, Greene, Natalia y Cevallos, María Belén. *Pueblos indígenas, desarrollo humano y discriminación en el Ecuador*. Quito: Abya Yala. Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Registro oficial N° 52 de 22/10/2009.

León Miguel. *Literaturas de Anahuac y del Incario*. México, s/ed, 2006

Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid: Aguilar, 1960.

López, Miguel. *Los derechos medioambientales de los pueblos indígenas. La situación en la región amazónica*. Ediciones Abya-Yala. 1era edición. 2000, Ecuador.

López, Roberto. *Obliga a la condición sine qua non de error (can. 126)*. Estudio histórico jurídico. Roma, editorial Editrice Pontificia Universita Gregoriana, 1995, p. 60.



Lorite, José. *Sociedades sin Estado. El pensamiento de los otros*. Madrid: Ediciones Akal, 1995.

Lotte Hughes. *Pueblos indígenas*. Oxford: New Internationalist Publications, 2004.

Lozano, Alfredo. *Quito, ciudad milenaria: forma y símbolo*. Quito, ABYA-YALA, 1991.

Luque, Arturo, Ortega, Tatiana y Carretero, Pedro. *La justicia indígena en Ecuador: El caso de la comunidad de Tuntatacto*. *Prisma Social*. N°27, 2019, p. 1-19.

Mariátegui, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Amauta, 1928.

Martínez, Carmen. *Repensando los movimientos indígenas*, Quito: FLACSO, 2009.

Martínez, Daniela. 2018. *Análisis crítico a la historia antigua del Ecuador escrita por el Padre Juan de Velasco*. Universidad Central del Ecuador. Ecuador. 2018.

Martínez de Bringas, Asier. *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

Martínez, Luciano. *Sobre el concepto de comunidad. Economía Política de Las Comunidades Indígenas*. Quito, editorial Abya Yala, 2002.

Martinic, Sergio. *Conflictos políticos e interacciones comunicativas en las reformas educativas en América Latina*. Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), 2005.

Masala, Roberta y Monni, Salvatore. *The Social Inclusion of Indigenous Peoples in Ecuador Before and During the Revolución Ciudadana*. *Development*. 2019, N°62, p.167-177.

Matos, Daniel. *Diversidad cultural e interculturalidad en educación superior: experiencias en América Latina*, UNESCO, Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe, 2008.

Minerva Canelas, Las fronteras como espacios de poder y resistencia en el periodo colonial, en *Revista Científica General José María Códova*. Vol. 16, N° 22, 2018, p. 109-132.

Mira, Esteban. *Las Antillas Mayores, 1492-1550: ensayos y documentos*. Madrid. Editorial Iberoamérica, 2000.

Moncada Sánchez, José. *Economía y globalización*. Quito: Abya Yala, 2001.

Montoya, Rodrigo. *Multiculturalidad y política: derechos indígenas, ciudadanos y humanos*. Universidad de Michigan, SUR, Casa de Estudios del Socialismo, 1998.

Morgan, Lewis Henry. *La sociedad primitiva*. Madrid: Editorial Ayuso, 1971.

Mounier, Emmanuel. *El personalismo*. Salamanca. Editorial SIGUEME, 2002.

Müllauer, W., Monge, F. *Etnohistoria. (Antropología histórica)*. Madrid, editorial UNED, 2010.

Müller, Andrea. *Caridad, Justicia y representaciones de lo «indígena»: La Iglesia*

Católica en la constitución del Movimiento Indígena en Ecuador. Congreso 2018 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos. España, p1-23

Muños Morán, Oscar. Salvajes, bárbaros y brutos. De la Grecia clásica al México contemporáneo. LiminaR, en Estudios sociales y humanísticos. 6, 2008, p155-167.

Naranjo Luzuruaga y Edison Joselito. Los fundamentos filosóficos del paradigma de la justicia indígena en el Ecuador. Debate Jurídico Ecuador. Revista digital de ciencias jurídicas. Quito, UNIANDES, 2019, Vol. 2 / Nro. 2, 95-109.

Nino, Carlos. La ciencia del derecho y la interpretación jurídica. Buenos Aires, Astrea, 1978.

Obregón, Martín. Entre la cruz y la espada: la iglesia católica durante los primeros años del "proceso". Colección política, economía y sociedad. Texas. Editorial Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

Odello, Marco. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas de América: Canadá y México. Madrid: Editorial UNED, 2012, p1-485.

O' Gorman, Edmundo. La invención de América, México: Fondo de Cultura Económica. Primera Parte, 2006.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, Lima, p.130.

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington, 2009.

Oriz, Alberto. Los indígenas en el proceso colonial: leyes jurídicas y la esclavitud. Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud. 2015, p. 189-206.

Ortiz, Javier, de la Tabla Ducasse. Los encomenderos de Quito. 1534-1660. Origen y evolución de una élite colonial. Madrid: CSIC, 1993.

Pacari, Nina. Pluralidad Jurídica una realidad constitucionalmente reconocida. Salgado, Judith (ed.), Justicia indígena: aportes para un debate, Quito: Abya Ayala, 2002, p. 83.

Pacari, Nina, Todo puede ocurrir, México D.F, s/ed, 2007

Paz, Octavio. El laberinto de la soledad, Madrid: Cátedra, 1998.

Pérez Guartambel, Carlos. Justicia indígena, Quito: CONAIE, ECUANURARI, 2015.

Pérez Guartambel, Carlos. Resistencia y Derechos Indígenas, en Justicia Indígena, Ecuador: CONAIE, 2015.

Pérez Guartambel, Carlos. Definición de la justicia indígena. La justicia indígena, Ecuador, s/ed., 2015, t. VI, p. 240.

Pérez Serrano, Vladimir. El derecho indígena. Quito: Abya Yala, 2002.



Polanyi, Karl. La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

Poma de Ayala, Guamán. Nueva Crónica y Buen Gobierno. Editorial Siglo XXI, México, 1983.

Ponte Iglesias, María Teresa. Los pueblos indígenas ante el Derecho Internacional. Agenda Internacional. N°20, 2004, p.149-172.

Posada, Eduardo. Intelectuales en tiempo de crisis. La nación soñada: violencia, liberalismo y democracia en Colombia. Bogotá: editorial Norma, 2006, t. V, p. 216-256.

Quetzada, Liliam. Análisis de las teorías históricas sobre el poblamiento del continente americano y su presencia en territorio ecuatoriano. Trabajo de titulación, Machala, Universidad Técnica de Machala, 2016, disponible en <http://186.3.32.121/bitstream/48000/9717/1/ECUACS-ESS-00027.pdf>

Quintanilla, Estenna. Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Revista Jurídica Derecho. Vol.1 no.1 La Paz jul. 2014.

Quijano, Aníbal. El "Movimiento indígena" y las cuestiones pendientes en América Latina. Cuestiones y horizontes: De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014, p. 635-663.

Quiroz, Cristian. Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador. INNOVA Research Journal. 2017, N° 12, Vol 2, p. 49-58.

Quivera, Martha. Reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas en el marco constitucional de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Universidad Nacional de Educación a distancia, 2015.

Rábade, S., Francisco Suárez (1548-1617). Universidad de Minnesota, Ediciones del Orto, 1997.

Ramírez, Sylvina, Matriz Constitucional, estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2015.

Ramírez, Zavala. Indio/Indígena, 1750-1850. Revista Historia Mexicana. México. Vol° LX, N° 3. 2011.

Rawls, John, El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública. Barcelona: Paidós, 2001.

Regino, A., Torres, G. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades.

Ribeiro, Darcy. Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1992.

Rodríguez Maeso, Silvia. Ciudadanos indígenas, racismo y luchas políticas en una comunidad de la periferia de Quito. E-cadernos CES. 2010, disponible en: <http://journals.openedition.org/cecs/404>.



Rodríguez Mortellaro, Itzel. Arte nacionalista e indigenismo en México en el siglo XX. El renacimiento de la mitología indígena antigua en el movimiento muralista.

Rodríguez, Adriana. Teoría y práctica del Buen Vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. El caso de Ecuador. Universidad del País Vasco, 2016.

Rubio, Blanca. Explotados y excluidos: los campesinos latinoamericanos en la fase agroexportadora neoliberal. México: Editorial Plazavaldez, 2003.

Rubio, Jorge. Cristóbal Colón, primer Virrey en América. El virreinato: Orígenes y jurisdicciones, y dinámica social de los virreyes. México, s/ed, 2005.

Sagastizabal, María. Aprender y enseñar en contextos complejos: multiculturalidad, diversidad y fragmentación. México, editorial NOVEDUC, 2009.

Salgado, Judith. Justicia y derecho en la administración. Justicia indígena: aportes para un debate. Quito: Editorial Abya-Yala, 1998.

Salazar, Dante. Como La Democracia, Que Es Para Todos. América Latina Es Para Pocos. Quito, Editorial libros en red, 2006.

Sánchez, Luis. El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Venezuela. Diálogo de saberes. N°47, 2018, pp. 51-71.

Sarmiento, Domingo Faustino. Facundo o civilización y barbarie en las pampas argentinas. París: Hachette, 1874.

Santos, Boaventura de Sousa. Estado, derechos y luchas sociales, regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad de Colombia, 1991.

Stavenhager, R. (ed.). El desafío de la declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague, IWGIA, 2010.

Schmitt, Carl. El concepto de lo político, Madrid Alianza, 1998.

Sierra, María. Del derecho consuetudinario a la justiciabilidad de los derechos indígenas. El legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica. Desacatos, N°57, p:156-165.

Smeke de Zonana, Yemi. La resistencia: forma de vida de las comunidades indígenas. El cotidiano. México, 2000, Vol 16, p:92-102.

Tamariz, Elisa. Logros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el ámbito de la interculturalidad en el Ecuador. 2015. Universidad de Cuenca.

Tibán, Lourdes. Derechos Colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador, Ecuador, Editorial INDESCI, 2001.

Toaquiza Caisaguano, Mario Arturo. Cumplimiento de las garantías constitucionales en la aplicación de la justicia indígena. Trabajo de Titulación, Quito: Universidad Central del Ecuador, 2017.

Todorov, Tzvetan. La conquista de América: el problema del otro. Buenos Aires: Siglo XXI-Editora Latinoamericana, 2016.



Valdano, Juan. *Identidad y formas de lo ecuatoriano*. Quito: Editorial Eskeletra, 2007.

Vaquero de Ramírez, María. *Español de América y lenguas indígenas*, Estudios de Lingüística. Universidad de Alicante, Vol. 7, p. 9-26.

Vattel, Emmerich. *El derecho de gentes, o principios de la ley natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*. Traducción de Lucas, D., Madrid, Ibarra, 1822.

Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Bosh. Casa Editorial, Barcelona, 1942.

Velasco, Juan. *Historia del Reino de Quito*. Riobamba, s/ed., 1789.

Vidal, Emma. *Régimen señorial, señoríos eclesiásticos, exclaustración y desamortización. La Cartuja de Vall de Cristo en el fin del Antiguo Régimen, siglos XVIII-XIX*. Universitat Jaume, s/ed., 2006, t. I.

Vitoria, Francisco. *Doctrina sobre los indios*. Salamanca, Editorial San Esteban, 1988.

Walsh, Catherine. *La pluriculturalidad, una forma de dominación del capitalismo*. Moreno, Carlos (ed.). *Estudios sobre la educación superior indígena en Colombia, Bélgica*, 2011.

Westlake, John. *The collected papers of John Westlake*. Cambridge University Press, 1914.

Williamson, Edwin. *Historia de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.

Worcester vs. Georgia, Vol. 205 N° 102, 1832, p.58-60.

Yépez Cordero, Sergio. *Acerca de la identidad latinoamericana*. Repertorio Americano, 2015, Vol 25, p.39-61.

Zapata, Ricardo. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Anthropos editorial, Barcelona, 2001.

Zea, Leopoldo. *Pensamiento positivista latinoamericano*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1980.





ISBN: 978-9942-8875-1-1



9 789942 887511