

## Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena

# Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena

Raúl Llasag Fernández\*

La administración de justicia indígena, en la óptica de la construcción de un Estado plurinacional, implica reformular los conceptos de justicia y derecho. El reconocimiento del pluralismo jurídico rompe con el esquema del Estado nacional, donde solo cabe un sistema jurídico, siendo imposible entender la coexistencia de varios sistemas. El pluralismo jurídico significa que los miembros de la sociedad hegemónica acepten la existencia de diferentes concepciones de hombre, sociedad y derecho.

### Contenido

#### Sujetos de derecho

**Los pueblos indígenas, nuevos sujetos de derechos diferenciados de grupo o colectivos de los pueblos indígenas**

**Administración de justicia de los pueblos indígenas como derecho humano**

**La administración de justicia indígena en la Constitución ecuatoriana de 1998**

### Sujetos de derecho

La visión liberal, se funda en una imagen del ser humano como racional y por ende, digno y dotado para la libertad, capaz de decidir su propio futuro de acuerdo con los mandatos de su facultad intelectual. Esta cualidad de la racionalidad se concibe como algo exclusivo del ser humano, que no poseen otros seres vivos y no dependen de las circunstancias materiales en las que se desenvuelven los individuos concretos. Sobre la base de esta visión se llega a la conclusión lógica de que los sujetos de derecho por excelencia deben ser los seres humanos, esto es, los seres racionales, y se definen como derechos de estos sujetos el de la igualdad y la libertad. Si cada individuo está dotado de razón y libertad, entonces todos y cada uno de los individuos merecen un trato igual correspondiente a su igual dignidad. Si, por otra parte, en tanto racionales los seres humanos están dotados para la libertad, deben ser tratados de la manera que su libertad se vea garantizada, para poder decidir cuál es la vida que quieren llevar.<sup>1</sup>

Esta visión, por un lado permitió, que solo al individuo se le reconozca como sujeto de derecho, desconociendo a otros sujetos de derecho como la familia, pueblos indígenas, etc.; por otro lado, permitió la idealización del Estado monocultural, forzando a adoptar un lenguaje, una cultura, una religión, una sola forma de familia y concentrando o monopolizando la producción jurídica en el Estado, así como la utilización de la violencia legitimada.

Desde esta perspectiva, entonces, se consagra la igualdad de los sujetos de derecho, es decir de los individuos. Igualdad, sin embargo, meramente formal.

Esta igualdad formal, en la práctica había provocado la desigualdad material, porque un individuo que no tenía

dinero no tenía las mismas oportunidades que un individuo que tenía mucho dinero para acceder a los servicios competitivos que ofrecía la sociedad capitalista.

Por esta razón, diversas corrientes dentro del capitalismo del siglo pasado trataron de corregir dicha limitación, promoviendo una igualdad material de los sujetos de derechos realmente desiguales. En esa medida, se construyeron una serie de postulados que partían del reconocimiento de la desigualdad del sujeto social, que se privilegió durante gran parte del siglo pasado. Por ejemplo el derecho laboral tuvo como una de sus principales banderas la construcción de un corpus teórico en el que, ha diferencia del derecho civil, se reconocía la existencia de las clases sociales y las desigualdades estructurales entre el capital y el trabajo y, por tanto, se colocaba del lado de la parte más débil para darle materialidad a la igualdad formal.

De tal manera que, la igualdad formal de los sujetos ante la ley no puede despreciar las diferencias: de los niños, la familia, mujeres, ancianos, discapacitados, homosexuales, indígenas, etc. (nuevos sujetos de derechos), sino, al contrario, debe buscar darles un tratamiento igual a los iguales y distinto a los distintos.

"La clave del principio de la igualdad no radica en la no diferenciación, sino en la no discriminación".<sup>2</sup> La diferenciación viene determinada porque es justificada y razonable a diferencia de la discriminación que es injustificada y no razonable.<sup>3</sup>

**Los pueblos indígenas, nuevos sujetos de derechos diferenciados de grupo o colectivos de los pueblos indígenas**

Una de las novedades más aplaudidas de la Constitución Política de la República del Ecuador

vigente desde el 10 de agosto de 1998, es el haber reconocido por primera vez la diversidad étnica y cultural, lo cual le permitió ponerse a tono con las corrientes que en toda América Latina han venido reconociendo desde mediados de los años ochenta (La Constitución nicaragüense, la Constitución de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991, la de Perú de 1993, la de Bolivia, etc.)

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, implica el reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho "los pueblos indígenas", que tienen la posibilidad de autodefinirse como nacionalidades, conforme lo establece el Art. 83 de la Constitución.

El reconocimiento como sujeto de derecho a los pueblos indígenas o nacionalidades, éstas dejan de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser *sujetos* de derechos fundamentales.

Una de las características principales de este nuevo sujeto de derecho es su carácter colectivo, que posee formas diferentes de vida social.

Por ello, este nuevo sujeto colectivo, tienen un derecho fundamental al igual que los individuos, esto es, el derecho a la vida, a la existencia como colectividad diversa, a no ser sometido a desaparición forzada. De este derecho fundamental se deriva la posibilidad de ejercer los demás, como son el derecho a reproducir su organización social y autoridad; al reconocimiento de su territorio; a participar en la administración, uso, usufructo y conservación de los recursos naturales renovables existentes en su territorio; a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, así como a participar de los beneficios que reporte estos planes y programas; a participar, mediante representantes en organismos del Estado; al reconocimiento y protección de las prácticas tradicionales; a legislar y administrar justicia.

"Los derechos fundamentales de los pueblos indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. El pueblo indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes".<sup>4</sup>

Es importante destacar la relación entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las personas que pertenecen a estos pueblos. Toda vez que, los pueblos indígenas hacen parte de Estados independientes como colectividades diferentes y en esa calidad gozan de derechos humanos llamados "derechos colectivos de los pueblos indígenas"; pero además los miembros de los pueblos indígenas como ciudadanos ecuatorianos gozan de derechos establecidos para todos los ciudadanos, por cuanto en particular es importante la garantía de la no discriminación por su pertenencia a grupos indígenas.<sup>5</sup>

"Estos dos conjuntos de derechos, los diferenciados de grupo y los individuales, pueden, sin embargo, entrar en contradicción. Los derechos individuales, nacidos dentro de la tradición liberal occidental, no necesariamente hacen parte de las cosmovisiones de los grupos indígenas. El despliegue de la autonomía de cada pueblo indígena puede implicar la violación de los derechos individuales de sus miembros. ¿Cuál derecho debe prevalecer entonces: el derecho del grupo o el derecho de individuo miembro del grupo? La respuesta no es fácil. Si se hace prevalecer el derecho del individuo, se está exigiendo que el grupo adopte los valores de la tradición liberal y con ellos una forma distinta de ver el mundo, lo que es contrario a la filosofía que inspira los derechos de grupo, la que sostiene que cosmovisiones distintas de la liberal también son valiosas. Si se hace prevalecer el derecho del grupo, por otra parte, se deja al individuo que hace parte del grupo sin ninguna protección del Estado al que pertenece. La mejor alternativa frente a esta disyuntiva es la del balance, o como planteaba Aristóteles, la de encontrar el justo medio, un término medio".<sup>6</sup>

### **Administración de justicia de los pueblos indígenas como derecho humano**

Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, incluido el de administración de justicia indígena son derechos humanos, "primero, por que les son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto seres abstractos, sino por estar integrados por seres humanos, segundo, porque satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que desarrollen sus capacidades y realicen su destino",<sup>7</sup> por tanto rige el principio de indivisibilidad y complementariedad.

Los derechos humanos, "serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad".<sup>8</sup> y "no se podrá alegar falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución".<sup>9</sup>

De tal manera que el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia, fue directa e inmediatamente aplicable desde la vigencia de la Constitución Política, esto es, desde el 10 de agosto de 1998, sin que se pueda alegar falta de ley, pues, la Constitución establece que la ley lo único que realizará es la compatibilización entre la administración de justicia indígena y el sistema judicial nacional.

Veamos, entonces, en que consiste la administración de justicia indígena.

### **La administración de justicia indígena en la Constitución ecuatoriana de 1998**

El Art. 191, inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador dice: "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley

hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional". Este reconocimiento implica:

1.- El reconocimiento del sujeto titular de este derecho, que son los pueblos indígenas, estas colectividades tienen sus formas particulares de organización social, económica, política y jurídica.

2.- Cuando la Constitución hace referencia a las "autoridades de los pueblos indígenas" se trata de las autoridades que según los sistemas indígenas tienen potestad para resolver conflictos o regular la vida social. "Por tanto, el pueblo indígena a través de su propio derecho determinará quien es la autoridad indígena facultada para aplicar la regla de conducta de sus miembros. De tal manera que, la autonomía no es una palabra, es una capacidad que tenemos de organizarnos, de regularnos y de resolver los conflictos, nosotros mismos. Si el Consejo Nacional de la Judicatura, nombra al juez, ese juez no es un juez indígena es un juez estatal, en lugar de ser mestizo es indígena eso y nada más, porque el poder viene del nombramiento que le extiende la Corte Suprema o el Consejo Nacional de la Judicatura. En cambio el poder de la autoridad indígena viene de la comunidad o pueblo indígena".<sup>10</sup>

3.- Al referirse a las "normas y procedimientos propios" o derecho propio como lo preferimos llamar al interior de los pueblos indígenas. El reconocimiento incluye no solo a las normas actualmente vigentes de los pueblos indígenas, sino a su *potestad legislativa específica para producir normas*, ya sea creando o modificando, a fin de regular su vida social y organizar el orden comunitario interno. "Por ello, posiblemente de una forma lo hagan los Kichwas, de otra forma los Shuaras, Los Cofanes, Los Eperas, etc. Este derecho es tan respetable como el derecho estatal. Los pueblos indígenas tienen su propio mecanismo para crear sus normas, para crear una regla. De la misma manera que la autoridad indígena no podrá indicarle a la autoridad estatal como ha de crear una ley, ésta no podrá indicarle como ha de crear el derecho indígena ni quien ha de aplicarlo".<sup>11</sup>

4.- Según la teoría clásica del derecho procesal uno de los tres elementos de la jurisdicción es la notio, que se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponde a cada juez, en este caso a las autoridades de los pueblos indígenas. La notio presupone la facultad de citar a las partes, recaudar las pruebas, hacer notificaciones, etc. Las reglas de competencia siguiendo a esta teoría, está determinada por la materia, personas y territorio.

La Constitución Política no hace ninguna limitación de la competencia de la autoridad indígena en cuanto a la materia, por tanto será competente para conocer todo tipo de materia, que por cierto en el derecho indígena no existe la división que conoce el derecho estatal.

Tampoco hace referencia a la limitación de la competencia en cuanto se refiere al territorio y personas. Sólo habla de la solución de "conflictos internos".

Entonces, lo que nos queda por indagar es ¿qué se entiende por conflicto interno?. La respuesta no es tan fácil.

Obviamente no existe duda, que la infracción de las normas internas del pueblo indígena, cometidas entre sus miembros o entre un miembro y un no miembro dentro de la jurisdicción territorial del pueblo indígena, es un problema interno, por tanto de competencia del pueblo indígena en donde se cometió la infracción. De igual modo sucedería en el caso de que entre miembros de un pueblo indígena violen una norma interna fuera del territorio indígena.

Inclusive, las infracciones de las normas internas del pueblo indígena cometidas por no miembros de los pueblos indígenas dentro de su jurisdicción, serán de competencia de las autoridades de los pueblos indígenas.

Como tampoco queda duda de la jurisdicción estatal, cuando dos no miembros de los pueblos indígenas cometan un acto dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena, en el cual no está previsto como infracción, pero que dentro de la jurisdicción estatal sea considerada infracción.

El asunto se torna discutible, cuando dos miembros de los pueblos indígenas cometen una infracción de la ley estatal fuera del territorio del pueblo indígena, o cuando un miembro del pueblo indígena y uno no miembro cometan una infracción de la ley estatal también fuera del territorio indígena; así como, cuando un miembro del pueblo indígena con un no miembro cometen un acto determinado como infracción en el derecho indígena y lo cometan fuera del territorio indígena, en este último caso, puede ser considerado como un conflicto interno, pues, se viola una norma interna de la comunidad, que desestabiliza el orden social establecido.

En los casos, en que fuera de competencia del juez estatal, está plenamente garantizado que jueces estatales que juzguen a los miembros de los pueblos indígenas deben considerar su cultura y costumbres, conforme lo establece el Art. 9 del Convenio 169 de la OIT. Esto puede dar lugar a la exención de responsabilidad penal cuando la comisión del hecho punible se basa en un condicionamiento cultural. Si se impone sanciones en estos casos, éstas deben ser perfectamente alternativas a la cárcel, por así ordenar el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT.

Pero las preguntas pueden seguir surgiendo: ¿Cuál es el territorio indígena?, desde luego el territorio incluye no solamente los reconocidos como propiedad, sino también los que tradicionalmente han sido ocupados por el pueblo indígena, conforme lo establece el Art. 14 del Convenio 169 de la OIT.

En resumen se ha de considerar conflicto interno, cuando se violente una norma interna, ya sea por sus miembros o no miembros. De ahí que, existen tres factores que determinan los asuntos de los que pueden conocer las autoridades de los pueblos indígenas en calidad de administradores de justicia: la norma que se

infringe, territorial y el factor de pertenencia a un determinado pueblo indígena.

5.- Se reconoce a los pueblos indígenas el iudicium, otro de los elementos de la jurisdicción en la teoría clásica del derecho procesal, que consiste en la facultad de resolver el asunto sometido a consideración de la autoridad indígena.

6.- Finalmente se reconoce el imperium, que consiste en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectiva las decisiones.

Hay quienes sostienen que la facultad de resolver conferida a las autoridades de los pueblos indígenas está limitada por cuanto no deben ser "contrarios a la Constitución y las leyes". Si el derecho a administrar justicia es un derecho humano colectivo reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas, no podría restringirlo ninguna ley, si de hecho lo limita estaremos frente a una ley inconstitucional y por lo tanto inaplicable.

El conflicto surge, cuando el pueblo indígena haciendo uso de su derecho humano colectivo constitucional, impone una sanción que esté en contradicción con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución Política para todos los ciudadanos ecuatorianos. En este caso, tendríamos que preguntar ¿cuál de los derechos humanos prevalece, el colectivo de los pueblos indígenas o el individual?. Me parece que la mejor opción es llegar a un diálogo de interlegalidades o permitir el desarrollo de la interculturalidad jurídica.

Pero, ello implicaría, conocer y entender a esas colectividades diversas y esto demanda de elementos intersociales, interculturales y multidisciplinarios que permitan construir sistemas lógicos estructurados, eso a su vez obliga a cambiar tanto la mentalidad como los referentes y actitudes racistas y etnocéntricas, porque dichos marcos no permiten análisis científico alguno. Pero ese cambio, también tiene que producirse al interior de los pueblos indígenas, porque igualmente hay visiones indígenas culturalmente aceptadas y practicadas por mucho tiempo, pero que no necesariamente son expresión de lo bueno y mucho menos de la norma.

"Por tanto, así como es importante que los miembros de la sociedad hegemónica acepten que existen diferentes concepciones de hombre, sociedad y maneras particulares de organizar el mundo, que no hay seres humanos con condiciones biológicas superiores o inferiores, es indispensable también, que algunos pueblos indígenas inicien procesos mentales y ejercicios de enfoque para poder ver de otra manera, lo que sólo se logra mediante una dinámica de diálogo que permita ir aprendiendo por fuera del propio referente".<sup>12</sup>

## Conclusiones

1. El Art. 191, inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador establece la jurisdicción especial indígena.
2. El derecho a administrar justicia es un derecho humano colectivo, por tanto directa e inmediatamente aplicable, sin que se pueda exigir como condición la existencia de una ley.
3. La Constitución exige únicamente una ley que haga compatibles los dos sistemas, pero en cuestiones que exista duda, porque hay situaciones que están claras. Ello no implica que los pueblos indígenas no puedan ejercer el derecho humano constitucional.
4. La jurisdicción especial indígena comprende, al igual que la jurisdicción del Estado, los poderes para conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones haciendo uso de la fuerza pública (notio, iudicium e imperium).
5. El derecho a administrar justicia de cada pueblo indígena está acompañado del reconocimiento de las normas y procedimientos de cada pueblo indígena, así como de la facultad legislativa.
6. La competencia de las autoridades de los pueblos indígenas no está limitado por la materia, por lo tanto es competente para conocer todo tipo de conflictos.
7. El conflicto interno se la debe entender como la infracción de las normas internas de un pueblo indígena. Por ello la competencia no se limita exclusivamente por el territorio o la pertenencia étnica, sino por los efectos que causa la infracción al interior del pueblo indígena.

*\*Raúl Llasag Fernández. Doctor en Jurisprudencia, candidato a Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, consultor externo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, de la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP, y de comunidades indígenas de Cotopaxi y Pichincha. Ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, Guayaquil, abril 10 2002.*

## NOTAS

1. Esther Sánchez Botero, *La Jurisdicción Especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 2000, Pág. 96.
2. Angel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid-España.
3. Revisar Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, especialmente la sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, ST-380 de 1993 (M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo).
5. Véase estas garantías en la mayoría de las declaraciones internacionales.
6. Esther Sánchez Botero, *La Jurisdicción Especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 2000, Págs. 108 y 109.
7. Julio César Trujillo, *Derechos Colectivo, artículo*, Pág. 4.
8. Inciso primero del Art. 18 de la Constitución Política de la República del Ecuador.
9. Inciso tercero del Art. 18 de la Constitución Política de la República del Ecuador.
10. Raúl Llasag Fernández, *Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico*, en *Diversidad: ¿sinónimo de discriminación?*, INREDH, Serie Investigaciones 4, Quito-Ecuador, 2001, Pág. 213.
11. Raúl Llasag Fernández, Ob. Cit., Pág. 213.
12. Esther Sánchez Botero, *Peritaje antropológico. Caso de protección de los mellizos U'wa*, Bogotá, 1999.

## BIBLIOGRAFIA

- DUÑAS RUIZ, Oscar, *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá Colombia, 1998.
- DONNELLY, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, traducido del inglés por Ana Isabel Stellino, Ediciones Gernika, México, 1994.
- CHENAUT, Victoria, *Pueblos Indígenas ante el derecho*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social CIESAS, México, 1995.
- GARRORENA MORALES, Angel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid-España.
- YRIGOYEN FAGARDO, Raquel, *El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos*, en *El reto a la diversidad*, W Assies, G. Vander Haar, A-hoe Kema Editores, El Colegio de Michoacán, 1999.
- KIMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, traducido por Carme Castells, Barcelona España, Paidós, 1996.
- KIMLICKA, Will, *Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*, No. 3, octubre de 1997
- INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO, *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, 1990.
- INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO, *Memoria: Seminario Internacional sobre Administración de Justicia Indígena y Pueblos Indígenas*, San José de Costa Rica, 1999.
- KONRAD-ADENAUER-STIFUNG, *Estado de derecho y democracia*, Editado y compilado por Josef Theing, Buenos Aires Argentina, 1993.
- LEVAGGI, Abelardo, *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Universidad del Museo Social Argentino, 1990.
- LLASAG FERNANDEZ, Raúl, *Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico*, en *Diversidad: ¿sinónimo de discriminación?*, INREDH, Serie Investigaciones 4, Quito-Ecuador, 2001
- LLASAG FERNANDEZ, Raúl, *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Generalitat Valenciana y CONAIE, Quito-Ecuador, 2000
- PALACIO, Germán, *Pluralismo jurídico, el desafío al derecho oficial*, Bogotá Colombia, 1993.
- PNUD, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto s.r.l. Argentina, 1998.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, *Peritaje antropológico. Caso de protección de los mellizos U'wa*, Bogotá, 1999.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, *La Tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-Pueblos Indígenas en Colombia*.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, *Justicia indígena y Pueblos Indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia UNIJUS, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, *Jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación, Santa Fe de Bogotá, 2000.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, *Protección a niñas y niños indígenas de Colombia*, Bienestar Familiar, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- SANTOS DE SOUZA, Boaventura, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá Colombia Ilsa, 1991.
- TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.