

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005



REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador

*Fernando García S.**

“No cabe duda de que la igualdad ante la ley debe ser entendida en función de las características esenciales de los ecuatorianos, razón por lo cual no existe justificación jurídica para establecer ni discriminaciones ni privilegios cuyo fundamento sea factores relacionados con características de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, u otras, salvo que estos privilegios estén consagrados en el ordenamiento fundamental del Estado”.

(Extracto de la declaración del veto total del ex Presidente Gustavo Noboa al proyecto de Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, 8 de enero de 2003)

El Ecuador, al igual que otros países latinoamericanos que tienen el carácter de ser diversos étnica y culturalmente, estableció en la constitución aprobada en 1998 la vigencia del pluralismo jurídico. Este hecho que es resultado de la larga lucha de los pueblos indígenas por lograr instancias de autonomía al interior de los estados nacionales, ha provocado diversas reacciones entre los diversos actores involucrados en estas reformas al intentar poner en práctica las normas de la nueva constitución.

Este trabajo intenta ofrecer un estado del arte del derecho indígena a través de la revisión de tres temas: el grado de articulación del sistema jurídico estatal y el sistema jurídico indígena; la existencia de disposiciones normativas a nivel nacional para su reconocimiento y el papel que el *Ombudsman* ha desarrollado y/o podría desarrollar en relación con la promoción del sistema jurídico indígena y su coordinación con el sistema jurídico nacional. Todos

* Antropólogo, Coordinador del Programa de Maestría en Antropología, FLACSO, Ecuador.

estos hechos forman parte de la historia “post-constitución” y muestran de alguna manera los conflictos, avances y retrocesos que el pluralismo jurídico enfrenta actualmente al interior de la región andina, y de manera especial, en el caso ecuatoriano.

En la primera parte me ocuparé del análisis de un caso de ejercicio del derecho indígena que fue motivo de disputa y polémica entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, conocido como el caso de La Cocha, y del desarrollo de algunos intentos de diálogo intercultural entre las autoridades de los dos sistemas.

En la segunda revisaré los intentos frustrados de aprobación de dos proyectos de ley discutidos por el congreso y el ejecutivo, la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas¹ y la Ley de Compatibilización y de Distribución de Competencias en la Administración de Justicia. Así como también el intento logrado de la aprobación del decreto ejecutivo sobre el Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas. Para finalmente terminar con algunas reflexiones sobre los desafíos de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo del Ecuador (DINAPIN).

La coordinación entre el sistema jurídico estatal y el derecho indígena

Para el caso de la comunidad de La Cocha es conveniente precisar en primera instancia los principales hechos que forman parte de su desarrollo.

El día domingo 21 de abril del 2002, en la comunidad indígena de la Cocha, Parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi (situada en la sierra central ecuatoriana), se suscitó un conflicto durante el desarrollo de una fiesta familiar, resultado de cual el día martes 23 de abril se produjo la muerte del comunero Maly Latacunga, *kichwa* de la comunidad de la Cocha. Estos hechos alarmaron la tranquilidad de la comunidad, frente a lo cual el cabildo

¹ El nombre inicial con que el proyecto ingresó a la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias del Congreso Nacional fue de “Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador”, denominación elegida por la CONAIE que fue la instancia que presentó el proyecto. El nombre fue cambiado luego del segundo debate legislativo y así fue enviado para la aprobación y veto del Presidente de la República.

comunal, previa investigación realizada durante quince días, convocó a una asamblea general para el día domingo 5 de mayo del 2002 a fin de resolver el caso.

Cumplidos los procedimientos de investigación, la asamblea, en el ejercicio de administración de justicia acusó a los comuneros Juan Manuel Cuchiparte, Nicolás Cuchiparte Umaginga y Jaime Cuchiparte Guamangate como autores de la muerte, los juzgó y los sancionó, de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad, a baño en agua fría con ortiga, acompañado de consejos, y al pago de una indemnización por el monto de seis mil dólares para los huérfanos y la viuda del fallecido.

Luego de dos meses, el día 3 de julio del 2002, el Fiscal Distrital de Cotopaxi, el doctor Iván León Rodríguez, entra en conocimiento del hecho e ignorando lo actuado por el Cabildo de la Cocha, inicia una acción penal contra los tres involucrados y emite el dictamen fiscal acusatorio. Con esta actuación, el Fiscal desconoce de manera absoluta y en violación flagrante de los derechos de los pueblos indígenas establecidos en los artículos 1, 18, 24:16, 83, 84: 1 y 7; 163 y 191 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, y de los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 OIT. Con esta decisión, la justicia indígena luego de haber sido ejercida entra en conflicto de competencia con la justicia ordinaria.

El día 9 de septiembre de 2002 se lleva a cabo la audiencia preliminar ante el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, encargado del Juzgado Tercero de lo Penal, doctor Carlos Poveda Moreno, en donde el Fiscal presenta el dictamen acusatorio estableciendo la existencia del delito de asesinato y la culpabilidad de los acusados. El juez, basado en las normas constitucionales y legales y en el Convenio 169, dicta la resolución de nulidad de todo lo actuado por el fiscal en virtud de que las acciones conocidas fueron juzgadas en conformidad a lo que dispone el artículo 191, inciso cuarto, de la constitución política del Ecuador.

El Fiscal, inconforme con esta resolución, el día 13 de septiembre de 2002, apeló esta resolución ante la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi, expresando respecto al proceso llevado a cabo por la comunidad de la Cocha, entre otras cosas que: “Por consiguiente, no tiene razón de ser dentro de un único proceso que compete únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito científico del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en

honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. El principio del *non bis in ídem*, es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas, tanto en derecho de prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley”. Demostrando el Fiscal de esta manera, según el criterio de un connotado jurista ecuatoriano², un gran desconocimiento jurídico cuando se pregunta si se puede admitir que algún abogado, medianamente ilustrado, sostenga que este principio fundamental del derecho penal, sea calificado de delirio empírico sin sustento científico.

Posteriormente los magistrados de las dos Salas de la Corte Superior de Cotopaxi pretenden revocar la resolución del juez Poveda y destituirlo y someten el caso ante el Consejo de la Judicatura. Hasta la fecha, el mencionado Consejo no se ha pronunciado, sin embargo, luego de estos sucesos se ha desencadenado un verdadero campaña de persecución contra el juez Poveda por parte de los magistrados de la Corte provincial, que inclusive van más allá del caso de La Cocha, tratando de encontrar en el resto de casos sobre los que el juez se ha pronunciado algún motivo para interrumpir su carrera de magistrado probo y justo.

Por otro lado, la resolución del juez Poveda ha recibido el apoyo de organizaciones indígenas, académicos, juristas y algunos sectores legislativos que por iniciativa del Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi (MICC) y la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias del Congreso lo condecoraron en el mes de noviembre de 2002, en reconocimiento a sus méritos profesionales y personales.

El caso de La Cocha unido a la legislación secundaria aprobada y desaprobada luego de la Constitución de 1998 muestra de manera dramática que el proceso de reconocimiento del pluralismo jurídico en Ecuador se enfrenta a muchos temores, impugnaciones, resistencias y dificultades.

² Opinión vertida por el doctor Julio César Trujillo, durante el desarrollo de la mesa redonda denominada “Retos de la diversidad étnica en el Ecuador: la coordinación y el desarrollo de la legislación secundaria”, realizada el 24 de abril de 2003, en FLACSO, Ecuador.

Disposiciones normativas

La Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas

La discusión de este proyecto se inició al interior de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, a partir de septiembre de 1998 y luego de más de tres años de discusión al interior de los pueblos y nacionalidades y de otras instancias interesadas y estudiosas del tema, finalmente el 14 de noviembre del 2001 se presentó oficialmente ante el Congreso Nacional, en calidad de proyecto de ley, y fue confiado al estudio inicial de la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias, la misma que formuló el respectivo informe. Es importante precisar que este proyecto llegó al Congreso antecedido de un amplio proceso de consulta no sólo entre los actores indígenas sino también entre actores académicos y profesionales no indígenas, lo cual mostraba que atrás de él había una importante base social y política que lo respaldaba, situación que para la práctica legislativa ecuatoriana es inusual y extraordinaria.

Una vez elaborado el informe de la Comisión fue discutido en dos debates por el pleno del Congreso³, durante los cuales se incorporaron enmiendas sugeridas por los partidos de derecha, centro e izquierda, así como de la Cámara de Industriales de Pichincha recibidos por la Comisión, cuyas rectificaciones constan en los respectivos informes de la misma dirigidos al Presidente del Congreso. Luego de un proceso de negociación política con los legisladores, el 18 de diciembre del 2002, el Congreso Nacional, aprueba en segundo y definitivo debate la ley y la remite al Presidente de la República para su aprobación, veto parcial o veto total.

Con fecha 8 de enero del 2002, el ex presidente Dr. Gustavo Noboa Bejarano remite al Vicepresidente del Congreso Nacional, encargado de la presidencia, un oficio comunicándole el veto total de la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, el sustento del veto se puede resumir en los siguientes aspectos⁴.

³ Los debates del pleno del Congreso se realizaron durante los meses de agosto a diciembre de 2002.

⁴ Retomo y agradezco el aporte de los colegas abogados Gina Chávez y Raúl Llasag al respecto, cuyas versiones originales se las puede consultar en la Red Ecuatoriana de Antropología Jurídica (redaj@flacso.org.ec).

Primero, se confunden los términos discriminación con diferenciación, porque en la versión actual el derecho a la igualdad conlleva el derecho de la diferenciación para permitir acercarse a la igualdad real, para no quedarse en la igualdad formal, por lo tanto lo que está prohibido en la Constitución no es la diferenciación, sino la discriminación.

Esta falta de actualización de los derechos y dinámicas de la sociedad, llevó al ex Presidente de la República a concebir el derecho a la igualdad únicamente desde la óptica formal, desconociendo que la Constitución de 1998 efectivamente declara la igualdad ante la ley, no obstante reconocer derechos especiales para ciertos grupos sociales desprotegidos como son los de la tercera edad, los discapacitados, los niños y jóvenes, la familia y los pueblos indígenas y afroecuatorianos, por lo cual merecen un trato distinto que no significa discriminación, es necesaria una diferenciación para lograr una igualdad real y material.

Segundo, sostiene que la ley pretende establecer “estados” al interior del Estado ecuatoriano, que fue el mismo argumento utilizado por el ex presidente Rodrigo Borja en 1992, cuando la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP, realizó la marcha hacia Quito reclamando el reconocimiento de sus territorios, y que ha sido largamente contradicho por los hechos históricos posteriores. Según el ex presidente Noboa, este proyecto de ley propende hacia la desintegración y se vería afectada la característica unitaria e indivisible del Estado. No existe ningún argumento válido para sostener este criterio, por cuanto la Constitución Política es muy clara cuando en el artículo 83 manifiesta “que los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado Ecuatoriano unitario e indivisible”.

No hay que olvidar que los mismos pueblos indígenas desde el inicio público de sus reivindicaciones políticas de ninguna manera han propuesto una separación del Estado o la creación de una “nación india”, al contrario el movimiento indígena plantea las demandas de territorio y autogobierno dentro de la estructura del Estado, y así se refleja en el proyecto de ley de nacionalidades y pueblos indígenas.

Tercero, desde la óptica monocultural que utiliza el ex Presidente de la República, es inadmisibles la existencia de otros derechos que

no sean los aprobados por el Estado a través de la función legislativa, pero esta oposición surge precisamente por no entender lo que significa el estado pluricultural y multiétnico, que lleva a la existencia del pluralismo jurídico, y reconocido en la Constitución Política en el artículo 191.

Cuarto, el veto total sostiene el argumento que no es razonable entregar decisiones sobre el patrimonio forestal, la biodiversidad, el ordenamiento territorial, o la administración de riqueza (se refiere a los recursos del subsuelo que según la Constitución son de propiedad del Estado) a un grupo de ciudadanos (los pueblos indígenas) por respetables e importantes que sea, esto iría en desmedro del bienestar del resto de ecuatorianos y ecuatorianas que no son indígenas. Este tema que es polémico y controvertido forma parte de la agenda de discusión política del país, ya que detrás están los intereses de las grandes compañías petroleras y mineras, y como más adelante se analizará, logró su concreción en la promulgación del decreto ejecutivo que aprobó el reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas en noviembre de 2002.

Quinto, sostiene además que no se expresa cuáles serían las herramientas legales en caso de un eventual conflicto entre leyes positivas y consuetudinarias y reclama no encontrar una figura o figuras que determinen cuál es el derecho consuetudinario indígena. Esto en verdad es otro asunto importante puesto que el Estado nacional sólo reconoce el derecho consuetudinario de base legal, esto es, aquel al que remite la ley de manera expresa, y ha sido ciego al derecho consuetudinario de base social sobre el que se han organizado y regulado segmentos de la sociedad como los pueblos indígenas, los afroamericanos, los campesinos, los montubios y otros que también han desarrollado normas propias. Aunque en verdad no resulta fácil resolver un conflicto de leyes positivas y derecho indígena, las herramientas de interpretación y resolución de conflictos están en el mismo derecho, respecto de las normas constitucionales y legales. Con creatividad e investigación multidisciplinaria, la interpretación constitucional y legal puede auxiliarse con otras ramas del saber como la antropología o la sociología para enfrentar el reto desde lo cultural y étnico.

Estas y otras ciencias del saber contribuyen a identificar la composición del derecho de los pueblos indígenas que de ninguna manera es un derecho que instaura el abuso o el sometimiento. El

derecho indígena es un derecho que generalmente tiene larga data. La justicia indígena se guía por normas propias, conocidas y ampliamente respaldadas por la sociedad que las asume y generalmente no son escritas. Si bien su derecho no regula sobre temas de finanzas, macroeconomía, etc., si regula las conductas deseables y reprochables en los ordenes que componen su sistema de vida y que pueden incluir asuntos civiles, penales, patrimoniales, contractuales, etc., con mecanismos muchas veces diferentes a los del positivismo jurídico, pero de gran efectividad para resolver los casos.

Por último, entre sus argumentos está el que no cree probable que los pueblos indígenas tengan conocimientos o costumbres ancestrales en temas como contratos de explotación, fideicomiso, manejo de propiedad intelectual, normas contables, contratos escritos en general y otras instituciones de reciente data. Este sarcasmo termina demostrando una vez más, la desvalorización profunda del ex Presidente a la diversidad cultural y étnica. El derecho indígena no es un derecho estático, es muy versátil y cambiante al ritmo de la dinámica de la sociedad en la que se aplica. Si una cultura enfrenta nuevos retos, esa cultura buscará y encontrará caminos para enfrentarlos, incluirlos o desecharlos de acuerdo a sus fines y objetivos sociales y políticos, por lo que los temores del ex Presidente no tienen fundamentos.

Vale la pena citar dos observaciones que hace el ex Presidente y que podrían ser motivo de discusión y acuerdo: la una que observa la inexistencia de normas transitorias que esclarezcan la situación de los contratos vigentes que afectan tierras y territorios indígenas; y la otra, que no se justifica la participación de delegados indígenas en algunos organismos públicos colegiados. Ambas, sin embargo, podrían haberse resuelto con un veto parcial al proyecto.

En resumen, los argumentos que sostiene el Presidente de la República y sus asesores jurídicos, muestra la falta de conocimiento de las normas constitucionales, combinada todavía con una mentalidad etnocéntrica, que impide el desarrollo de un estado multicultural, pluriétnico y por lo tanto intercultural. Además, la decisión del veto total, de acuerdo a la normativa constitucional, obliga al proyecto de ley a esperar un año calendario para intentar su reingreso al Congreso, siempre y cuando se cuente con el voto de las tres cuartas partes de los miembros del mismo. En otras palabras,

desde la perspectiva legal, significa la muerte lenta del proyecto de ley.

Ley de Compatibilización y de Distribución de Competencias en la Administración de Justicia

Este proyecto de ley también tiene atrás de sí una historia propia de elaboración y discusión semejante al anterior. Partió de la ejecución de un proyecto de investigación financiado por el Fondo Derecho y Justicia del proyecto para el mejoramiento de la administración de justicia en Ecuador, PROJUSTICIA, auspiciado por el Banco Mundial y la Corte Suprema de Justicia. Este Fondo aprobó la ejecución del mismo a la Universidad Andina Simón Bolívar en el año 1999. Por lo tanto, sus ejecutores incorporaron en la elaboración y discusión al conjunto de actores involucrados en el mismo, organizaciones indígenas, académicos, investigadores, jueces y magistrados y demás especialistas del tema. El fundamento de este proyecto descansa en la aplicación del artículo 191, inciso cuarto de la Constitución, que menciona que la función judicial deberá hacer “compatible” la justicia indígena con la justicia ordinaria.

El proyecto fue presentado oficialmente en el Congreso Nacional el 27 de noviembre de 2002, el 27 del mismo mes y año, el Presidente del Congreso comete la primera irregularidad, al enviarlo a la consideración de la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal, que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es la comisión que conoce todos los proyectos de ley que tenga referencia a proyectos, de carácter civil y de carácter penal. Sin embargo, esta instancia no era la indicada para conocer este proyecto de ley sino la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias. Por último, el Presidente del Congreso pudo someter el proyecto de ley a la consideración de las dos comisiones, posibilidad que contempla la ley que rige el Congreso.

Por tanto, el Presidente del Congreso Nacional violó el artículo 160 de la Constitución Política, y la sección segunda del Capítulo sexto, del título 1 de la Ley Orgánica de la función legislativa, que determina que el Presidente debe enviar el proyecto de ley a la comisión especializada para tal efecto.

Es importante mencionar que los diputados nacionales fueron elegidos en octubre del 2002 e iniciaron su mandato los primeros días del mes de enero de 2003, lo cual trajo consigo el cambio de las autoridades y miembros de las comisiones legislativas. La Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias estaba presidida por el diputado indígena Ricardo Ulcuango, el cual a pesar de que ha utilizando todas las vías legales para que dicho proyecto sea remitido a la Comisión, el traspaso de competencia no se hizo. El traspaso hubiera permitido realizar una consulta formal a los pueblos y nacionalidades indígenas de tal forma que luego el Congreso Nacional acate las decisiones de la misma y apruebe la ley.

Según información extraoficial, la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y lo Penal elaboró un borrador de informe que contenía 30 observaciones sobre el mencionado proyecto, por el cual se lo declara inconstitucional e ilegal, que de ser aprobado oficialmente impediría que sea considerado y discutido en primer debate al interior del pleno del Congreso.

Las justificaciones de este borrador de informe son similares a las que se mencionó en el informe del veto total emitido por el ex presidente Noboa respecto a la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Es decir, el carácter de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos ecuatorianos por lo que se ignora los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el desconocimiento del derecho indígena como tal, reconociendo la existencia exclusiva del monismo jurídico, en contraposición al artículo 191 de la Constitución y, por último, la determinación de archivar definitivamente el proyecto de ley por ser ilegal e inconstitucional.

Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas

Este instrumento jurídico tiene el carácter de decreto ejecutivo y fue publicado en el Registro Oficial No. 278 del 2 de diciembre de 2002, a pocos días que el ex presidente Noboa termine su mandato. Al igual que los anteriores vale la pena mencionar sus antecedentes. Se trata en realidad del tercer intento desarrollado por el ejecutivo para lograr su aprobación. El Ministerio de Energía y Minas en colaboración con el Banco Mundial hizo un primer intento de

elaboración de Reglamento en el año 1999 que no prosperó debido a la oposición de las organizaciones indígenas por no haber sido tenidas en cuenta en el proceso de preparación y discusión. Luego, con el auspicio de los mismos organismos, se contrató una consultoría en el año 2000 para elaborar un reglamento de consulta previa y participación esta vez para actividades mineras, su ejecución fue interrumpida por parte del Ministerio debido a desacuerdos con la consultora encargada de la tarea. Finalmente en el año 2001 se hizo la contratación de otra consultora para un segundo intento de elaboración del reglamento para actividades hidrocarburíferas, cuyo proceso culminó y que finalmente se aprobó en diciembre de 2002.

El proceso de elaboración planteó la participación de los tres principales actores involucrados: el Estado ecuatoriano, las empresas transnacionales y las organizaciones indígenas. En la práctica este camino estuvo poblado de dificultades debido a la naturaleza polémica del tema a regularse. El sector gubernamental estuvo representado por los ministerios de Gobierno y Energía y Ambiente, y el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE; las empresas transnacionales petroleras por la Asociación de Empresas Privadas, ASOPEC, y las organizaciones por la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana, CONFENIAE, que terminó por retirarse del proceso antes de su conclusión, como se explicará a continuación. A pesar de este esfuerzo interinstitucional quedaron excluidos varios sectores importantes vinculados con el tema, como los gobiernos locales, los sectores indígenas no amazónicos y los pobladores mestizos, el Comité Ecuatoriano de Defensa de la Naturaleza, CEDENMA, las universidades, los colegios profesionales y hasta la misma estatal Petroecuador, socio mayoritario del sector hidrocarburífero nacional.

Cuando el Ministerio de Energía y la consultora presentaron el proyecto a la Asamblea de la CONFENIAE, en el mes de septiembre de 2002, fue rechazado por los representantes de las federaciones afiliadas. Se denunció la ausencia de participación real de las nacionalidades indígenas en su elaboración. La asamblea resolvió emprender un proceso de elaboración de un proyecto alternativo que recoja las aspiraciones indígenas, para luego ser presentado a las autoridades de gobierno.

Para el cumplimiento del mandato de la Asamblea, la directiva de la CONFENIAE convocó a varios sectores (varias ONG's y organizaciones indígenas regionales), que puedan dar aportes a su equipo técnico encargado de elaborar el documento. El trabajo fue planteado como urgente debido a la presión que imponía el Gobierno de aprobar el reglamento, a menos que las organizaciones indígenas le hagan llegar una contrapropuesta. Lamentablemente, las labores fueron suspendidas a pocos días de iniciadas, cuando la CONFENIAE anunció que no disponía de recursos para sostener el trabajo de su equipo técnico.

Poco tiempo después, a mediados de octubre de 2002, la CONFENIAE logró solucionar su problema de disponibilidad de fondos, encargando la labor a Amazonía Gas que con apoyo del Banco Mundial conformó un equipo técnico formado por líderes amazónicos de larga trayectoria, liderado por Cristóbal Tapuy. Este equipo decide apartarse del mandato de la Asamblea de la CONFENIAE, en el sentido de que no veía viable realizar un proyecto alternativo de reglamento debido a la premura de tiempo planteado por el Gobierno, y más bien se plantea hacer ajustes al mismo proyecto en elaboración.

El proyecto resultante aunque conservó la estructura lógica y temática del proyecto elaborado por la consultora, guardaba diferencias importantes en cuanto a la intencionalidad política de promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas y su coherencia con los derechos constitucionales y el convenio 169 de la OIT.

Después de una validación rápida con las federaciones afiliadas a la CONFENIAE, a través de un sólo taller, la propuesta fue remitida al Ministerio de Energía. Allí recibió una serie de ajustes y cambios que ya no fueron revisados por las organizaciones y pasó al Presidente de la República quien lo puso en vigencia.

Una vez descrito el proceso de elaboración y discusión del reglamento es conveniente señalar algunos comentarios sobre su contenido⁵. Se debe reconocer previamente que el derecho a la consulta previa informada, antes del inicio de cualquier actividad

⁵ En este caso, retomo el aporte del colega abogado Mario Melo del CDES, cuya versión original se puede consultar en la Red Ecuatoriana de Antropología Jurídica (redaj@flacso.org.ec).

productiva relacionada con los recursos naturales no renovables, mencionada en la Constitución ha carecido de la normatividad secundaria para su aplicación. Sin embargo, la actividad hidrocarburífera, minera y de otros recursos ha seguido expandiéndose por territorios indígenas y no indígenas, con sus impactos socioambientales correlativos.

Pese al mandato constitucional y a la norma de la Ley de Gestión Ambiental que prescribe la nulidad absoluta e inejecutabilidad para los contratos y proyectos que contravengan el derecho a la consulta previa, esto no se ha venido cumpliendo de manera idónea, incluso en proyectos tan grandes y trascendentes como la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados, OCP, y la prospección en el Proyecto Tiputini, ex Ishpingo Tiputini Tambococha, ITT. Decenas de otros proyectos hidrocarburíferos y mineros han sido aprobados y se ejecutan sin que haya precedido la consulta a las comunidades afectadas como manda la Constitución.

El primer comentario sobre el reglamento es un defecto de origen, tiene que ver con los limitadísimos niveles de participación ciudadana en su formulación. Como ya se dijo antes, varios sectores vinculados con el tema fueron excluidos de su discusión.

El segundo es sobre el alcance de la consulta, de acuerdo al Reglamento, busca abrir espacios de información y negociación respecto a las medidas de remediación de impactos de actividades hidrocarburíferas cuya realización ha sido previamente definida por el Estado. No está pensado para permitir definir, por parte de los pueblos y comunidades afectados, si consienten o no que se realice la actividad consultada en su territorio. En definitiva, no otorga un derecho de veto a los afectados sobre la actividad consultada.

Si bien ésta es una debilidad capital del Reglamento, que no ayuda al pleno ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y de los derechos ambientales de la comunidad, al momento no se dan las condiciones políticas para esperar que una norma jurídica de esta categoría lo haga, cuando ni la Constitución ni el Convenio 169 lo hacen. El Reglamento vigente de alguna manera “traza la cancha” dentro del cual, los actores sociales y políticos harán jugar sus intereses de acuerdo a la mayor o menor capacidad de ejercicio de su poder.

El tercer comentario tiene que ver con el artículo 12 del reglamento que habla sobre la consulta hacia las comunidades

indígenas y afroecuatorianas que se encuentren en el área de influencia directa del proyecto o licitación, haciendo optativo que éstas actúen o no a través de sus organizaciones representativas. Esta norma contraviene la letra y el espíritu del Art. 6, numeral 1, literal a, del Convenio 169 de la OIT que establece que la consulta debe orientarse a los pueblos (no las comunidades) interesados, particularmente a través de sus instituciones representativas. Es decir, la participación de las instituciones que representan a los pueblos, sus organizaciones legítimas, es obligatoria, no opcional.

De igual manera, contraviene el artículo 84 de la Constitución que reconoce a los pueblos (no a las comunidades individualmente) el derecho colectivo a ser consultados frente a las actividades extractivas de recursos naturales no renovables que se pretendan realizar en sus territorios.

El cuarto comentario está relacionado con el artículo 14 del Reglamento que excluye la obligación de presentar en la consulta la información ambiental y social que por razones contractuales o legales, sea considerada reservada o que conste en acuerdos de confidencialidad. Esta norma atenta contra la transparencia de los procesos de consulta, deja abierta la puerta para que información clave sea ocultada a los consultados por meros acuerdos de confidencialidad celebrados a espaldas de los sectores sociales involucrados y resta credibilidad a la intencionalidad del Reglamento.

El último comentario plantea la necesidad emprender un proceso serio de participación social a través del órgano político competente, la Legislatura, y con los aportes de la autoridad ambiental, las autoridades energéticas y las organizaciones de la sociedad, para generar una Ley de Consulta y Participación que ofrezca los principios generales, las políticas y los grandes mecanismos que deben regir los procesos de consulta previa en materia de actividades extractivas, proyectos de infraestructura y otras decisiones estatales con impactos sobre el ambiente, para dejar en calidad de reglamento las reglas específicas de aplicación para los diversos sectores: hidrocarburos, minería, infraestructura, forestal, etc.

Si se parte del hecho que el artículo 191 de la Constitución Política es el sustento constitucional que garantiza la vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, trato de responder a una primera pregunta: ¿por qué surgen las impugnaciones a la justicia indígena? Algunas razones me parece que responden a este interrogante.

La primera es la renuencia ante cambio al interior de la función judicial y de los profesionales del Derecho. Se trata de un cambio fundamental y radical, ya que todo el sistema jurídico descansa en la cultura del derecho positivo. Las universidades han enseñado que la única forma jurídica es la ley escrita y por lo tanto hay que acatarla y cumplirla. La norma constitucional que considera a la costumbre como norma jurídica ha creado un verdadero cataclismo en la concepción de la administración de justicia vigente en el país, el artículo 191 así lo consagra, y guste o no guste, se trata de una norma suprema de cumplimiento obligatorio.

Una objeción que se ha repetido con mucho énfasis es que el artículo 191 de la Constitución Política no se puede aplicar porque todavía no ha sido dictada la ley de compatibilidad, pero no hay que olvidar que la propia Constitución en su artículo 18 está estableciendo de manera expresa y específica que los derechos y las garantías establecidas en la Constitución han de aplicarse inmediatamente sin necesidad de que se dicte una ley secundaria.

Otra razón esgrimida es que la administración de justicia de los pueblos indígenas se la aplicará siempre y cuando no este en contradicción con la Constitución y la Ley. Que esté de acuerdo con la Constitución es una verdad indiscutible; toda norma jurídica, sea ley, sea costumbre, tiene que estar bajo la Constitución, y en eso también es interesante anotar que los aportes de la Antropología Jurídica muestran cómo deben entenderse la Constitución de acuerdo con la cultura de cada pueblo. No es que toda interpretación debe ser igual, la interpretación debe ser de acuerdo con la cultura en donde se aplique la norma. En este aspecto son importantes los aportes hechos por los fallos dictados por el Sala Constitucional colombiana a partir de 1992.

Una siguiente pregunta que surge de los hechos analizados es: ¿cuáles son las dificultades que impiden el desarrollo de legislación secundaria respecto al tema de la justicia indígena?

En diferentes oportunidades se ha manifestado el peligro que esto representa a la unidad del Estado ecuatoriano, y el riesgo de que una vez reconocido el derecho indígena, se plantee la existencia de “varios estados indígenas” dentro del Estado ecuatoriano. Las organizaciones indígenas a través de sus líderes reiteradamente han tratado de persuadir a quienes muestran estos temores que no tienen razón de ser y constitucionalmente tampoco tienen fundamento. Los

pueblos indígenas cuando reclaman este derecho se fundamentan en la Constitución. Por lo tanto, no se puede decir que quieren formar otro Estado, si están admitiendo que el derecho que ellos reclaman, lo reclaman precisamente porque está reconocido en la Constitución que es común a ellos y a todos los ecuatorianos.

Otra dificultad es que la autoridad indígena abuse en el ejercicio de administrar justicia, porque carece de control, igualmente es infundado, porque la autoridad indígena está controlada por la comunidad, pues sus decisiones no son expedidas en secreto, y algo que sería inconcebible en el derecho estatal, las deliberaciones para tomar la resolución son públicas en presencia de la comunidad, y ésta es la que controla que estos abusos no se lleguen a consumar.

Una tercera dificultad que impide o al menos retrasa el desarrollo constitucional en la legislación secundaria, es por decir benévola mente el desconocimiento de la concepción de pluralismo jurídico entre los operadores de justicia. Ciertamente este desconocimiento está muy extendido y creo que su solución llevará algún tiempo. Por eso la tarea de las universidades es fundamental para resolver este gran obstáculo.

Un cuarto obstáculo al desarrollo legislativo es la interpretación cerrada que se hace de la Constitución a favor de una visión mono cultural del país, porque aunque se admite que el Ecuador es pluricultural, según dice el artículo 1 de nuestra Constitución, las otras normas no se las quiere interpretar como deberían ser desde la perspectiva de la pluralidad cultural del Ecuador. Esto ocurre con el principio y derecho de la igualdad, pues se considera que no hay más que la igualdad formal, se desconoce el tremendo salto que ha dado la humanidad desde finales del siglo XVIII a comienzos del siglo XXI al preocuparse no sólo la igualdad formal, sino la igualdad real, la igualdad que lleva a distinguir lo diferente que requiere un trato diferenciado y también lo discriminado que necesita para su superación la ayuda de un trato propio como lo prevé nuestra Constitución.

Por último, una última dificultad es la existencia de algunas normas del derecho indígena en contradicción con las normas constitucionales, existen ciertamente esas contradicciones pero primero hay que definir en qué casos hay realmente contradicción y en qué otros casos tan solo hay diferencia. Porque lo que prohíbe la Constitución es contradicciones y no diferencias, tiene que ser así

porque la Constitución parte del reconocimiento del Ecuador como Estado pluricultural, lo cual quiere decir que en el Ecuador hay grupos humanos diferentes que deberán de tener un trato diverso. Y al efecto creo que la primera tarea es identificar esas contradicciones, y cuales son realmente esas contradicciones para luego buscar la forma de conciliar esas contradicciones a través del diálogo intercultural.

Los desafíos de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN)

En esta última parte me limitaré a señalar los principales desafíos que la DINAPIN debe enfrentar respecto de situaciones reales que actualmente viven los pueblos indígenas ecuatorianos. No pretendo ser exhaustivo y he elegido los temas más preocupantes que necesitan de acciones inmediatas.

Un primer desafío esta relacionado con el cumplimiento o incumplimiento del Estado ecuatoriano del Convenio No 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Este Convenio que fue ratificado en 1998 y que entró en vigor en 1999 luego de transcurridos seis años no cuenta con un proceso de seguimiento sistemático por parte del Estado ni de la sociedad civil. El Estado se ha limitado a elaborar tres informes durante este período y las organizaciones indígenas han enviado a la OIT un solo reclamo, sobre el caso de la FIPSE en la Amazonía. Se hace necesario el mantenimiento de un espacio de monitoreo desde la sociedad civil (organizaciones indígenas, instancias académicas y ONG) sobre el convenio que permita la elaboración de un informe alternativo periódico que complemente al enviado por el Estado.

Otro hecho importante tiene que ver con la existencia en el país de los denominados pueblos indígenas ocultos o pueblos en aislamiento voluntario. Se trata de los pueblos *Tagaeri* y *Taromenane* pertenecientes a la nacionalidad *Huaorani* que permanecen en el área del parque nacional Yasuni y que cuentan con un área de territorio intangible. Estos pueblos que fueron sujetos de una matanza en el año 2003, se encuentran en una situación de alto riesgo y requieren de acciones inmediatas que garanticen su supervivencia. Especialmente la delimitación del territorio intangible y su correspondiente gestión de reserva y protección por parte del Estado

ecuatoriano, esto en el marco de la reciente Declaración de Belem (Brasil) sobre los Pueblos Aislados realizada el 11 de noviembre de 2005, con la participación de seis países latinoamericanos que tienen dentro de sus territorios a estos pueblos.

Un proceso importante en el país es la concesión por parte del Estado a empresas transnacionales de nuevos bloques petroleros y mineros en territorios de los pueblos indígenas en los últimos siete años, a pesar de contar desde el 2002 con un reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas. Hasta la fecha, el derecho de consulta previa y de participación en los beneficios e indemnización de los pueblos indígenas, sigue siendo vulnerado. El Estado ha “delegado” al trabajo de relaciones comunitarias de las empresas transnacionales responsabilidades que no puede de ninguna manera reemplazar. En este sentido, la demanda presentada por el pueblo *kichwa* de Sarayaku al Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un referente que está en proceso de litigación.

La negociación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el Estado ecuatoriano y los Estados Unidos, ha puesto en evidencia un tema de conflicto e interés para los pueblos indígenas: la propiedad intelectual colectiva que mantienen estos pueblos sobre sus conocimientos de los principios curativos de las plantas medicinales. Este aspecto enfrenta los intereses de las empresas farmacéuticas transnacionales con las propuestas de biodiversidad y protección de conocimientos ancestrales que plantean los pueblos indígenas. Problemas como la práctica de la biopiratería requieren de reglas claras y estrictas para que no se produzca un saqueo de los pocos bienes sobre los cuales los pueblos indígenas mantienen todavía control.

El proceso de globalización que vive el país enfrenta otro hecho que se ha vuelto masivo en los últimos años: la inmigración de cerca de un millón y medio de ecuatorianos y ecuatorianas fuera del país en búsqueda de fuentes de empleo y de ingreso dignos. A pesar de no tener evidencias probadas, se conoce que muchos indígenas inmigrantes que han logrado un relativo éxito económico en el exterior llevan fuera del país a niños y jóvenes de las comunidades para emplearlos como fuerza de trabajo de sus negocios y talleres. Este hecho se encuentra penalmente sancionado por la legislación ecuatoriana, se trata de trabajo prematuro de niños y jóvenes y es también una versión de tráfico de menores “justificado” por la

presencia de lazos de parentesco y etnicidad por los autores y que cuenta, según ellos, con la “aprobación” de los padres de los menores. La situación descrita es bastante preocupante y crítica, más aún cuando se trata de una trasgresión a las leyes ecuatorianas y una forma de explotación entre indígenas ricos e indígenas pobres.

Otra situación que el país vive es la de los presos en las cárceles del país que se encuentran sin condena y sin defensores de oficio, debido principalmente a la ineficacia y corrupción del sistema judicial en general. A pesar de que los presos indígenas constituyen un mínimo porcentaje de la población carcelaria, la mayoría son hombres y se encuentran detenidos por tráfico de drogas, sin embargo podrían ser sujetos de un programa especial por parte de la DINAPIN que les permita el cumplimiento de sus garantías básicas: traductores legales, defensores de oficio, debido proceso y una posible conmutación de penas en coordinación con la justicia indígena.

El derecho indígena en el transcurso de los últimos años ha debido enfrentar el apareamiento de nuevas formas de trasgresión social al interior de las comunidades que son resultado del proceso de globalización e inmigración que viven. Me refiero a la aparición de pandillas de jóvenes indígenas dentro de las comunidades que se dedican a enfrentarse entre sí y a robar y asaltar a los comuneros. Este hecho, sin precedentes en el derecho indígena, exige la instauración de nuevas formas de control y sanción social que las autoridades no siempre están capacitadas para hacer. La necesidad de investigar las causas de estos nuevos fenómenos debería ser una prioridad de la DINAPIN.

Para finalizar, otro tema de preocupación para la DINAPIN debería ser la definición de mecanismos efectivos dirigidos a sancionar las acciones contra la discriminación y el racismo que se producen contra los pueblos indígenas ecuatorianos por parte de la población no indígena del país. El ejemplo de Guatemala en este sentido es interesante. En octubre del 2002 se creó la Comisión Presidencial Contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas. Se trata de una instancia oficial dedicada a preservar los derechos y a formular políticas públicas contra la no discriminación y el racismo. La experiencia de esta instancia muestra que cuando estos fenómenos son considerados como un problema de preocupación nacional, se logran resultados satisfactorios.

Bibliografía

Assies, Willem, Gemma van der Haar y André Hoekema (editores). *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. Zamora, Colegio de Michoacán, 1999.

Borja, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

García, Fernando. “La administración de justicia Kichwa como práctica de la identidad”. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Quetzaltenango, Guatemala, 2002.

.... *Formas indígenas de administrar justicia: Estudios de caso de la nacionalidad Kichwa ecuatoriana*. FLACSO. Quito, 2002.

García, Fernando y Chávez, Gina. *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Serie Atrio, Ediciones FLACSO. Quito, 2004.

Guerrero, Andrés. “Una imagen ventrílocua: el discurso liberal de la desgraciada clase indígena a fines del siglo XIX”, en Blanca Muratorio (editora), *Imágenes e imagineros. Representaciones de los indígenas ecuatorianos. Siglos XIX y XX*. FLACSO. Quito, 1994.

.... *Etnicidades*. FLACSO. Quito, 2000.

Nader, Laura. *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*. CIESAS. México, 1998.

Sánchez, Esther. “Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica”, en Fernando García (coordinador), *Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI*. FLACSO. Quito, 2000.

Santos de Souza, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. ILSA. Bogotá. 1991.

Tibán, Lourdes. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador: Aplicabilidad, alcances y limitaciones*. INDESIC. Quito, 2001.

Trujillo, Julio César, Agustín Grijalva y Ximena Endara. *Justicia indígena en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2001.