

## Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena

### Administración de Justicia Indígena

Julio César Trujillo\*

**El reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado ecuatoriano lleva implícito el respeto a las formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas, para mantener la armonía interna y preservar sus formas de vida. Por tanto, el reconocimiento de la pluriculturalidad implica el reconocimiento del pluralismo jurídico.**

#### Contenido

1. EL ECUADOR PLURINACIONAL O MULTIÉTNICO
2. LA CONSTITUCION
3. EL ARTICULO 191, INCISO 4°
4. EL DERECHO PROPIO O CONSUECUDINARIO
5. CONTENIDO DEL DERECHO PROPIO O CONSUECUDINARIO
6. DERECHO ESTATAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

Los indígenas, por medio de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE-, demandaron que el Ecuador se reconozca como un Estado plurinacional; esta demanda suscitó un breve aunque intenso debate que se trató de cerrarlo con la fórmula del Estado pluricultural y multiétnico, acuñada por quienes se oponían a la demanda indígena. Esta fórmula fue recogida en las reformas de 1996 al artículo 1 de la Constitución Política.

Los promotores y diseñadoras de la fórmula que dice que el Ecuador es un Estado pluricultural y multiétnico no nos han dado, hasta ahora, una explicación jurídica de su significado y alcance. Uno de los más destacados miembros de la Comisión de Notables que preparó el Proyecto de reformas, Monseñor Juan Larrea Holguín, se limita a decirnos que “La actual Constitución reconoce la diversidad cultural y étnica, como elementos o datos sociológicos que el legislador ha de tener en cuenta, precisamente para mantener y perfeccionar la unidad del Estado, dentro del respeto debido a esos diversos grupos humanos a los que tiene que servir”.

De todas maneras, con esas expresiones se reconoce la existencia, en el territorio del Ecuador, de diversos grupos humanos y que estos grupos se diferencian unos de otros por su cultura y por sus ancestros más remotos, ya que hemos de descartar que se pretenda constitucionalizar supuestas diferencias raciales.

Este reconocimiento que el Ecuador hace de su ser pluricultural (Art. 1) constituye la aceptación de parte de la sociedad mestiza que, como dice Esther Sánchez, “existen diferentes concepciones del hombre, sociedad y maneras particulares de organizar el mundo”, y requiere al mismo tiempo que se les de a todos estos diferentes grupos la oportunidad para que, sin renunciar a sus concepciones y maneras de organizarse, sean y se sientan partícipes de la tarea común de construir el Ecuador de todos y para todos.

Exige también cambios en la mentalidad de los indígenas para valorar lo suyo, reconocer las concepciones y formas de organización de los otros y la responsabilidad compartida en la tarea común de construir el futuro.

Las reformas a la Constitución del año 1998 tienen en cuenta las consecuencias de la pluriculturalidad en la reconstrucción del pasado (Preámbulo y artículo 83) en los campos del idioma y la educación (artículos 1, inciso 3, y 69), en los de la ciencia y cultura (artículos 44, 45, 62, 80 y en varios numerales del artículo 84), en los de la organización social y política (artículo 84.7, 84.13 y 84.14), etc. Además hay que tener en cuenta los compromisos constantes en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT.

#### 1. EL ECUADOR PLURINACIONAL O MULTIÉTNICO

Los indígenas llaman nacionalidades a los grupos humanos que no comparten la cultura dominante, mestiza u occidental y que mas bien reivindican una cultura que se nutre a través de raíces que vinculan el modo de ser actual con el de los habitantes originarios del territorio de lo que actualmente es el territorio del Estado del Ecuador; esta denominación no es aceptada por todos los ecuatorianos no indígenas, quienes han preferido estipular, en el artículo 83 de la Constitución, que se los denomine pueblos, sin que, por cierto, tampoco haya acuerdo acerca del significado y alcance del término pueblos, entre especialistas y no especialistas.

En todo caso, en el Ecuador coexisten varias familias culturales, una de las cuales es hegemónica, no obstante que ésta y las otras por ser iguales merecen el mismo reconocimiento y la misma atención del Estado, según el artículo 62 de la propia Constitución.

Ahora bien, sin entrar a la discusión que trata de dilucidar lo que ha de entenderse por cultura, es

aceptable sostener que ella está constituida por el conjunto de conocimientos, medios, instrumentos o mecanismos, de todo tipo, con los que la especie humana, en cada época y lugar, trata de crear las condiciones necesarias para el pleno "desenvolvimiento moral y material" de sus miembros como personas.

De los varios instrumentos de las múltiples culturas que coexisten en el Ecuador, es pertinente destacar los que sirven para asegurar la convivencia de los individuos de modo que nadie perjudique a nadie y mas bien todos cooperen para que el esfuerzo común redunde en beneficio de todos, en el entendido de que el "el respeto al derecho ajeno se llama paz", como dijera el indígena Juárez presidente de todos los mexicanos.

Los instrumentos con los que se puede alcanzar la convivencia pacífica de los miembros de una colectividad cualquiera entre sí y de cada uno con la colectividad, el más común, en el tiempo y en el espacio, es el derecho.

Por consiguiente, el reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado ecuatoriano lleva implícito el respeto a las formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas para mantener la armonía interna y preservar sus formas de vida en el tiempo; por tanto el reconocimiento de la pluriculturalidad implica el reconocimiento de lo que los sociólogos y antropólogos han bautizado como pluralismo jurídico.

## 2. LA CONSTITUCION

El artículo 191 de la Constitución Política de la República hace un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico, tanto como sistemas de normas de conducta cuanto como sistema de solución de conflictos.

En efecto, a tono con las actuales corrientes del pensamiento contemporáneo distingue varios caminos para alcanzar la convivencia pacífica de los habitantes del Ecuador para solucionar sus conflictos, uno (no el único) es el Derecho estatal y la Función Judicial encargada de aplicarlo, otro la equidad en manos de los jueces de paz, el tercero la autocomposición a través de la mediación y el arbitraje.

En efecto, el inciso primero del Art. 191 se refiere a la Función Judicial, en cuanto órgano de la potestad estatal de administrar justicia, el Art. 199 a la vez que garantiza la autonomía de esta Función y la independencia de los jueces y magistrados, prescribe que éstos han de ejercer tan elevado magisterio con arreglo a la Constitución y a la leyes, y por fin el Art. 198, en armonía con el Art. 118, determina cuáles son los organismos y dependencias de esta Función.

De los jueces de paz trata el inciso segundo del mismo Art.191 y les confía la solución de toda clase de conflictos, mediante la aplicación de la " equidad" que, cualquiera que sea el concepto de ella que se prefiera, no es la de aplicación de la ley y tiene gloriosos ejemplos de eficacia en los edictos del pretor del Derecho romano y en la equity del Derecho inglés.

La mediación y el arbitraje tampoco son aplicación del Derecho estatal y si se las denomina métodos de autocomposición es precisamente porque la solución del conflicto depende de los mismo interesados en él, ya sea al ponerse de acuerdo en los términos que ponen fin al conflicto gracias a la intervención del

mediador o ya al convenir en quién ha de hacer de árbitro o en la reglas de conformidad con las cuáles éste ha de solucionar el litigio.

Pero en donde el Art. 191 se aparta del todo del Derecho estatal occidental es en el inciso cuarto, que se inspira en las Constituciones de Colombia y de Bolivia que le precedieron y cuya jurisprudencias, por lo tanto, puede servirnos para la solución de las dificultades que se nos presenten en la interpretación de nuestro precepto siempre y cuando haya analogía entre unas y otras.

## 3. EL ARTICULO 191, INCISO 4°

En el inciso cuarto del Art. 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador debemos analizar por separado cinco disposiciones, cada una de las cuales tiene su sustantividad propia, si bien sumadas todas forman una institución única, en la que las unas son complementarias de las otras.

Este precepto constitucional comienza por reconocer a las autoridades indígenas competencia para ejercer "funciones de justicia" y nótese que esta función es también la del juez estatal según el Art. 192, pero mientras el medio de que éste ha de valerse es la ley estatal, al tenor del Art. 199, el medio que debe emplear la autoridad indígena es el Derecho propio o consuetudinario, al tenor del citado inciso cuatro de l Art. 191.

Dos conceptos conviene tener presentes, uno es que la autoridad competente para ejercer funciones de justicia es la autoridad a la que la respectiva comunidad indígena le haya constituido en su autoridad, según sus propios sistema de instituir la ( Art. 84.7), no es, pues, funcionario del Estado; dos, la potestad de administrar justicia no debe estar necesariamente radicada en un órgano especializado, como ocurre en el Estado, ni nace de la ley sino de la misma comunidad, que según el mismo Art. 84.7 no solo tiene derecho para instituir sus autoridades sino que tiene además derecho para organizar la forma cómo éstas han de ejercer las potestades que la comunidad le otorga .

La competencia de la autoridad indígena para administrar justicia recae sobre los "conflictos internos" y se ha de entender que son tales los que surgen en el seno de la comunidad y amenazan romper o rompen la armonía o las formas de vida y valores que la identifican como la nacionalidad que dice ser y, a la vez, diversa de las otras nacionalidades indígenas, de los pueblos negros y de la sociedad hegemónica.

Se trata de una competencia en razón de las personas y solo ocasionalmente en razón del territorio, por tanto cabe distinguir los conflictos entre los miembros de una misma comunidad, los conflictos de una comunidad con otra comunidad y los de los miembros de una comunidad con los miembros de otra comunidad, los conflictos de los indígenas con los no indígenas, caso en el que hay diferenciar de los no indígenas que viven fuera de la comunidad de los que viven en ella o con ella.

La competencia de la autoridad indígena sobre las dos especies de conflictos aquí mencionados es indiscutible, ya que no cabe duda del carácter interno del conflicto que amenaza romper o rompe la paz de la comunidad indígena, sin perjuicio de que cuando la autoridad indígena considere que es mejor y más

conveniente remitir la causa a la autoridad estatal, lo haga así por su propia decisión..

Para la solución de los otros conflictos caben variadas combinaciones en las que deben concurrir los criterios de la interculturalidad en la apreciación de los hechos y del derecho, es decir criterios que pongan a salvo los valores y formas de vida de los indígenas, de los que depende la supervivencia del pueblo indígena como tal y como pueblo diferente y los derechos fundamentales de la persona de los no indígenas.

Así, pues, es necesario una ley que armonice y regule la solución de estos conflictos y prevea la colaboración de la autoridad estatal y de la autoridad indígena para que las decisiones de las autoridades indígenas no sean desconocidas por la autoridad estatal e incluso que ésta sea la llamada a ejecutarlas mediante la coerción, de ser necesario; de este modo incluso el Estado no se despojaría del monopolio del uso de la fuerza ni los pueblos indígenas tendrían necesidad de crear su propia fuerza pública. Esta ley de armonización debería buscar que las actividades e instituciones del Estado y las de los pueblos o nacionalidades indígenas no se interfieran ni dupliquen actividades innecesariamente.

La compatibilidad del Derecho Indígena con la Constitución y las leyes estatales me ocuparé al final de este trabajo.

#### **4. EL DERECHO PROPIO O CONSUECUDINARIO**

El Art. 191, inciso cuarto, dispone además que la autoridad indígena tiene competencia para resolver los conflictos internos "aplicando normas y procedimientos propios ... de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario". En estos términos, la Constitución Política reconoce el pluralismo jurídico de que antes hablamos.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, por consiguiente, no cabe discusión acerca de la existencia del Derecho indígena, al que la Constitución denomina Derecho propio o consuetudinario; pero es necesario también darle sustento teórico y además determinar su contenido.

La sustentación teórica tropieza con numerosas dificultades que nacen de las diferentes concepciones del hombre, de la sociedad y de las diversas maneras particulares de organizar el mundo y la convivencia humana, a que hicimos referencia más arriba. Una de esas dificultades consiste en encontrar un concepto de derecho que sea aceptado por todos, otra dificultad es la de convenir en qué ha de entenderse por Derecho consuetudinario.

##### **4.1 Teorías**

Con el término derecho ocurre lo que es frecuente que ocurra con las palabras de uso general y es que todos sabemos de que estamos hablando cuando las usamos en la conversación corriente, pero no acertamos a dar de ellas un concepto que nos satisfaga cuando intentamos aprehender su esencia.

Esta dificultad la han experimentado todos los grandes juristas que han intentado responder a la pregunta ¿Qué es el derecho?, y no pocos han terminado por construir su propia teoría que aceptada por unos y combatida por otros ha servido para confirmar que la respuesta tropieza con dificultades casi insalvables.

No pretendemos resolver esas dificultades ni nos parece útil el repaso de las numerosas teorías que se han propuesto para el efecto, pues son tantas que los autores ni siquiera han podido ponerse de acuerdo en enunciarlas.

Preferimos detenernos en identificar al Derecho por la función que cumple en la vida de la especie humana llamada a vivir en sociedad y decimos que es la norma o conjunto de normas que regulan el comportamiento de los individuos en sus relaciones con los otros individuos, cuya violación es sancionada por la colectividad en cuanto perturba la paz o amenaza sus supervivencia.

##### **4.2 Derecho escrito y Derecho consuetudinario**

Con el triunfo del liberalismo individualista se impuso la teoría de que nadie estaba obligado a obedecer sino a su propia voluntad y que para no sucumbir en manos del mas fuerte, voluntariamente se constituía en sociedad política, se sometía a la voluntad de ésta en tanto en cuanto los demás hacían lo mismo, entonces la voluntad de la sociedad política no era sino el punto en el que coincidía la voluntad de todos, por lo que al obedecer a la voluntad general cada individuo obedecía a su voluntad individual.

Como la sociedad política se había ampliado grandemente y no podía reunirse en asamblea surgió la idea de que no hacía falta que se reunieran todos sino que eligieran representantes con el encargo de que acuerden lo que a todos les estaba permitido y prohibido hacer y este acuerdo era la ley o expresión de la voluntad general o soberana que manda, prohíbe o permite.

Una vez creado el órgano cuyo acuerdo expresaba la voluntad general era necesario que lo acordado fuera conocido por los representados, para lo cual y ya que se había implantado la imprenta y con ella la cultura escrita, la ley se debía publicar de modo que quienquiera pudiera informarse lo que habían decidido sus representantes.

Las normas así elaboradas se denominaron Derecho escrito; pero ni ésta es la única forma de elaborar las normas de conducta ni todos los pueblos adoptaron esta forma de crear las normas, tales fueron, por ejemplo, el Reino Unido y los Estados Unidos de América, para no citar sino a dos de la llamada "cultura occidental"; no se diga la forma de crear Derecho en los grandes Estados de Asia o las del Derecho musulmán.

De las otras formas de crear Derecho o normas coercitivas de comportamiento nos interesa destacar la decisión de los jueces en los litigios que les son sometidos a su resolución, con la obligación de aplicar la misma solución a los litigios análogos que, en el futuro, llegaren a su conocimiento, habida cuenta siendo iguales las personas no puede menos que dárseles un trato igual en igualdad de circunstancias, tanto mas que la resolución no ha de ser fruto de la arbitrariedad del juez sino de lo que la razón natural, común a todo la comunidad, estima justo o conveniente; este es, expuesto en términos sencillos, el "Derecho consuetudinario" al que algunos autores prefieren llamar Derecho jurisprudencial.

### 4.3 Derecho de segunda clase

Convencidos de que el mundo gira alrededor de nuestras formas de hacer las cosas, encontramos graves obstáculos para admitir la validez de otras formas de hacerlas o de hacer otras cosas con los mismos o parecidos resultados y cuando no podemos negarlas, nos defendemos concediéndolas menos valor que las que otorgamos a las nuestras, algo de esto es lo que hacemos con el Derecho consuetudinario, al que, en consecuencia, le catalogamos como un derecho de segunda clase, destinado a desaparecer el momento en que el nuestro se imponga.

Sin embargo, los sucesos que ahora mismo vivimos no parece que favorezcan este triunfalismo, pues el creciente reconocimiento de la legitimidad de las demandas de los pueblos para participar directamente en las decisiones que les afectan y en las normas que han de regirles, lo mismo que los esfuerzos por crear instituciones que satisfagan estas demandas, como son el referéndum legislativo articulado o no y mas aun el referéndum constitucional tan en boga en democracias consolidadas y otras instituciones de la democracia participativa, confirman que no hay una sola manera de elaborar Derecho positivo y que la creación de un órgano especializado para que lo haga no es inmutable.

Pero ni siquiera la escritura como medio de comunicación masiva de las demandas de los ciudadanos, de las decisiones de los gobernantes y de las normas obligatorias, tiene garantizada si no su supervivencia, si su exclusividad, ya que los medios electrónicos de información de tal manera se extienden que la vigencia de la democracia exige, cada vez con mayor fuerza, la institucionalización de las tecnologías de la información y de la comunicación –TIC- como un servicio público universal integrado en el sistema educativo, pues se teme, no sin razón, que el “analfabetismo electrónico” llegue a ser causa de marginación o exclusión tanto como el analfabetismo tradicional.

Vistas así las cosas no hay fundamento para distinguir los sistemas jurídicos por la forma como se elabora el Derecho positivo ni menos por la manera como se lo comunica a la comunidad.

### 4.4 Derecho anquilosado

Otro prejuicio muy extendido es el tener al Derecho consuetudinario como un Derecho anquilosado ya sea porque se tiene por Derecho consuetudinario al que rigió en el pasado y que para que tenga vigencia en el presente es necesario restablecer prácticas y comportamientos arcaicos, o ya sea porque se le niega la posibilidad de actualizarse con los cambios que ocurren en la comunidad tanto por su dinámica interna cuanto por la influencia de factores externos que le proporcionan nuevas formas de actuar ante cuestiones ancestrales o ante situaciones actuales no vividas en el pasado.

Pero lo cierto es que una comunidad de ese tipo no existe y mas bien todas las comunidades de ahora y de siempre viven el devenir de Heráclito en el que la unidad brota de la diversidad, es decir la comunidad es la misma y quiere preservarse como tal, diferente de las otras comunidades y para ello se renueva constantemente mediante la eliminación de lo que no le sirve o le perjudica, sea porque le impide avanzar o sea porque le degrada, y/o mediante la adopción de nuevos

elementos que nacen de su propia experiencia o de la experiencia de los otros con los que mantiene contactos, no forzosamente pacíficos; elementos todos que le permiten sobrevivir y avanzar sin dejar de ser ella misma.

Nadie creo que sostenga que el Derecho de los Estados Unidos de América ha dejado de ser su Derecho por el hecho de que el Derecho escrito haya “crecido tanto en cantidad e importancia durante los últimos cien años en los Estados Unidos, que en muchas áreas constituya la principal fuerza creativa” al decir de E. Allan Farnsworth, pues se equivoca quien crea que, por esto, ha salido de la familia del Common Law y ha adoptado la estructura, las clasificaciones, las categorías y los conceptos del Derecho romano-germánico, ya que como enseña René David “las normas formuladas por el legislador, por numerosas que sean, son vistas con cierta inquietud por el jurista, quien no las considera como el tipo normal de la norma jurídica; dichas reglas legislativas solo son asimiladas por el sistema jurídico americano una vez que han sido interpretadas y aplicadas por los tribunales y se hace posible, no la referencia directa a las mismas, sino a las decisiones judiciales que las han aplicado”.

En consecuencia, una comunidad política cualquiera no deja de ser ella porque cambia sus instituciones o hace suyas instituciones de otras comunidades y digo hace suyas porque no las copia servilmente, sino que las modifica para adoptarlas o al incorporarlas a su ethos cultural las transforma por el roce con el resto de instituciones a las que se suma.

### 4.5 Derecho en permanente actualización

El Art. 191, inciso cuarto, de la Constitución, no obstante su vacilación, reconoce que el Derecho consuetudinario está compuesto por normas y procedimientos propios de las nacionalidades o pueblos indígenas y, en consecuencia, descarta todo peligro de confusión del Derecho Indígena con el Derecho estatal.

No son pues, a mi juicio, fundamentados en el texto constitucional, los conceptos que identifican al Derecho Indígena con las normas jurídicas expedidas por las instituciones, organismos y dependencias del Estado que tienen por objeto regular las relaciones de los indígenas entre sí o con el Estado, como es el caso de los artículos 83, 84 y otros de la Constitución o la Ley de Organización y Régimen de las Comunidades y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas. Estas y las demás de este laya son normas jurídicas del Estado sobre los indígenas pero no son normas de los indígenas sobre si mismos, único caso en el que serían propias.

Menos, mucho menos puede ser Derecho propio el Derecho estatal administrado por funcionarios indígenas nombrados para el efecto por el Estado, ya que en este caso la norma a aplicarse es la norma creada por las instituciones, organismos o dependencias del Estado con el agravante de que las cuestiones a las que la norma, cuya aplicación se le confía al indígena, son o serían las de menor importancia no solo por la cuantía de los valores económicos sino también por su limitada trascendencia social

Para ser propio, el Derecho Indígena debe ser el conjunto de normas producidos por los indígenas a través de las instituciones a las que ellos han confiado

la tarea de fijar, con fuerza obligatoria, las normas de conducta a las que todos deben obediencia, unas porque garantizan la pacífica convivencia de los miembros de la comunidad y otras porque preservan la identidad de la comunidad, de la que aquellos tienen conciencia de ser parte y la que les reconoce la calidad de miembros suyos y por eso espera el comportamiento que los identifica.

Este Derecho es creado y recreado por la comunidad indígena de acuerdo con las nuevas condiciones de la convivencia interna o de las nuevas circunstancias externas en que la comunidad se desenvuelve, es, por esto, un derecho dinámico, en permanente actualización, no una pieza de museo, de una parte y de otra las normas son perpetuadas, reformadas o sustituidas por otras normas de conformidad con lo que por su propia experiencia o por los ejemplos que han visto en otros, saben que es oportuno y/o conveniente para mantener la paz entre sus miembros o para salvar la supervivencia de la colectividad, es un Derecho que se nutre de sus propias raíces pero también de los aportes que recibe de fuera.

No es argumento que valga para negarle su calidad de Derecho objetivo el que carezca de las clasificaciones, categorías y conceptos de la familia Romano – Germánica a la que pertenece el Derecho estatal ecuatoriano, a pesar de sus especificidades que lo diferencian del de Europa continental, ya que ellas responden a una de las “diversas concepciones jurídicas que existen en el mundo” y, por tanto, no es de extrañar que no existan en otras de esas diversas concepciones, como enseña el estudio del Derecho Comparado, que ya hace medio siglo se convirtió en Europa “en una de las asignaturas fundamentales” de las Facultades de Derecho de esa región del mundo, mientras en las nuestras sigue siendo ignorado, a pesar de que estamos sometidos a la influencia, cuando no imposición, de sistemas jurídicos múltiples y en ocasiones contradictorios.

## **5. CONTENIDO DEL DERECHO PROPIO O CONSUECUDINARIO**

La determinación del contenido del derecho Indígena es una tarea por hacerse, salvo esfuerzos aislados que apenas nos permiten percibir el vértice de un iceberg todavía oculto en el mar de los prejuicios y de la exclusión pero lleno de vida en las profundidades de las nacionalidades indígenas que lo aplican a diario, a veces incluso bajo las denominaciones que las ha impuesto el Derecho estatal; aplicación de la que, no pocas veces, se ha explotado, sin escrúpulo ni respeto, las manifestaciones espectaculares y meramente folklóricas.

La familia, “base de la organización social de los indígenas” según Gonzalo Rubio (Punyaró – 1956), está por estudiarse, pero llama la atención el reducido número de divorcios, la severidad con la que se trata el concubinato y/o adulterio, la composición de ella y la presencia en su seno de los “biñachishcas” que sin las formalidades y riesgos de la adopción cumple las funciones de ésta y ha subsistido a través de los siglos. No es menos válido el trabajo del equipo coordinado por Fernando García (2.000) sobre las Formas Indígenas de Administración de Justicia en las comunidades de la Compañía en Imbabura, San Francisco de Chibuleo en Tungurahua y en San Pedro

de Rucullacta en la provincia de Napo; en este trabajo se describe el tipo de “faltas”, las medidas con las que se subsanan los conflictos y la diversidad de autoridades que intervienen.

Para terminar este asunto, que sigue abierto a la investigación, me permitiré citar a Emiliano Borja Martínez en su Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena (Valencia – 2.001), en que luego de discernir, como no es frecuente entre ecuatorianos, la justicia indígena, de los linchamientos por las multitudes enfurecidas de blancos, mestizos, negros, indios, etc. reconstruye los principios básicos del Derecho Penal Indígena con sus especificidades que lo singularizan y hace un recuento, todavía local y por eso incompleto, de los delitos, penas y procedimiento en el Derecho Penal Indígena, todo lo cual le permite concluir diciendo: “Al final hemos valorado positivamente muchas de las instituciones del auténtico sistema punitivo indígena, porque cumple de forma más satisfactoria los fines que comúnmente se le asigna al Derecho Penal con carácter general”.

Quisiera añadir que lo que Borja Jiménez afirma del Derecho Penal podemos aplicar a las otras ramas del Derecho Romano Germánico que el Derecho Indígena, por cierto, no las distingue, Reiteramos, desde luego, que el contenido del Derecho Indígena está por descubrirse porque existe

## **6. DERECHO ESTATAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO**

El último inciso del Art. 191 de la Constitución Política prescribe el papel que ha de cumplir el Derecho estatal y éste no es otro que el hacer compatibles las funciones de justicia de la autoridad indígena que resuelve los conflictos internos con el Derecho propio o consuetudinario y las de la Función Judicial que aplica las leyes expedidas por el Estado.

En el cumplimiento de este papel, la ley ha de tener presente que el Derecho propio o consuetudinario no puede contradecir a la Constitución y a las leyes por así disponer el mismo precepto constitucional.

Que no ha de contradecir a la Constitución parece obvio debido a que ésta es la norma básica o fundamental para todos los ecuatorianos y común, aunque por razones diferentes, al Ordenamiento Jurídico estatal y al Derecho propio o consuetudinario; sin embargo, para establecer si hay o no contradicción, en este caso, no bastan los principios de interpretación de la norma jurídica desde la Constitución y es el tema que la propia Corte Constitucional de Colombia, tan lúcida y avanzada en otras materias, no ha llegado a dilucidarlo satisfactoriamente del todo.

En esta materia, igual que en todo conflicto entre normas de dos familias jurídicas diferentes, se ha de proceder a la estimación intercultural de los hechos y del Derecho en cuestión, esto quiere decir, a mi juicio, que los hechos deben ser examinados desde la perspectiva de cada cultura, luego examinar la valoración que de ellos hace cada una de ellas y, en fin averiguar, las causas por las que lo que es bueno o indiferente en la una es malo o pernicioso para la otra, en el lugar y momento del suceso, hasta aquí los hechos.

El segundo esfuerzo será escudriñar el texto, la ratio y el propósito de las normas en conflicto y en vista de la conclusión inducida del análisis de los hechos aplicar la

norma según el principio de ponderación, que no es necesariamente conciliar ni menos morigerar el sentido de las normas sino aplicar la una o la otra, según sea mas justo o mas conveniente para salvar los valores de una comunidad, siendo indiferente o nada perjudicial a los valores de la otra, sin perjuicio de la indemnización que se debe al individuo que resultare perjudicado con la solución, si lo hubiere.

Por tratarse de una solución casuística o fruto de una “jerarquía axiológica móvil”, que diría Ricardo Guastini, no es posible ni conveniente que se la cristalice en una norma legal, sino que debe quedar en manos del juez que, para el caso soy del parecer que debe ser el Tribunal Constitucional asesorado por antropólogos,

sociólogos y juristas especializados en pluralismo jurídico. Desde luego con lo que hasta he podido conocer, no preveo muchos asuntos en los que sea necesaria esta difícil solución.

El conflicto entre la ley estatal y el Derecho propio o consuetudinario es menos complejo, en gran parte quedará resuelto con una acertada distribución de competencias o delimitación de los ámbitos de vigencia de cada uno de ellos y un sistema de solución de conflicto de competencias también a cargo del Tribunal Constitucional que ha de resolver todas las causas que llegue a su conocimiento y siempre con la valoración intercultural de que hablé mas arriba.

*\* **Julio César Trujillo.** Constitucionalista, catedrático de la Universidad Andina Simón Bolívar Ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 20 de febrero del 2002*