

LA NEUTRALIDAD EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ES IMPOSIBLE: PERCEPCIÓN SOBRE LA JUSTICIA INDÍGENA EN RIOBAMBA

NEUTRALITY IN THE INTERPRETATION OF THE LAW IS IMPOSSIBLE: PERCEPTION ON INDIGENOUS JUSTICE IN RIOBAMBA

A NEUTRALIDADE EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI E IMPOSSIVEL: PERCEPÇÃO SOBRE A JUSTICA INDÍGENA EM RIOBAMBA

*Carla Encalada Falconí**
Universidad de Kentucky

Recibido: 20/01/2014
Aceptado: 21/08/2014

Resumen:

A partir de un estudio de caso sobre la percepción del sistema de justicia en Riobamba, el ensayo pretende dar cuenta de la imposibilidad de neutralidad de la ley, así como de la falacia del principio de igualdad ante la misma que sustenta al Estado Constitucional de Derecho. Para ello, después de un recorrido teórico sobre las ideas fundamentales del Contrato Social y las bases del Estado moderno, la autora analiza la práctica de interpretación de la ley y la interacción entre los sistemas de justicia indígena y ordinario en la ciudad de Riobamba, con vistas a demostrar su hipótesis.

Palabras clave: pluralismo jurídico; Estado Constitucional de Derecho; Contrato Social; igualdad ante la ley; sistema de justicia; subjetividad.

Summary

Through a case study about the judicial system's perception in Riobamba, this essay attempts to understand, not only the impossibility of neutrality within the law, but also the fallacy of the equality principle that sustains the Constitutional State of Right. In order to do that, first, the author reflects about some theoretical ideas about social contract and the modern State foundations. Then, the author analyzes the law interpretations and interactions between the indigenous peoples and the ordinary judicial systems in Riobamba, as a way of demonstrate her hypothesis.

Key words: juridical pluralism; Constitutional State of Rights; Social Contract; equality principle; judicial systems.

Resumo

A partir de um estudo de caso sobre a percepção do sistema de justiça em Riobamba, o ensaio pretende dar conta da impossibilidade de neutralidade da lei, assim como da falácia do princípio de igualdade ante a mesma que sustenta o Estado Constitucional de Direito. Para isso, depois de um percurso teórico sobre as ideias fundamentais do Contrato Social e das bases do Estado moderno, e autora analisa a prática de interpretação da lei e a interação entre os sistemas de justiça indígena e ordinário na cidade de Riobamba, com vistas a demonstrar sua hipótese.

Palavras chaves: pluralismo jurídico; Estado Constitucional de Direito; Contrato Social; igualdade ante a lei; sistema de justiça; subjetividade.

* Estudiante de PhD en Antropología en la Universidad de Kentucky, EE.UU. Major en Teoría Social por la Universidad de Kentucky, 2013. Ganadora del Premio Eduardo Archetti a la mejor tesis de maestría en Antropología en Argentina, Ecuador, Guatemala, Noruega, y los países donde vivió Archetti durante la dictadura argentina. Máster en Antropología, FLACSO-Ecuador, 2011. Licenciatura en Comunicación Social de la Universidad Central, Quito 2003-2008.

INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento del Estado-nación que tiene lugar en Europa durante el siglo XVIII, y en varios países de América Latina, entre estos el Ecuador, durante el siglo XIX, se pueden identificar al menos dos problemas ligados al sistema de Derecho. Por un lado, en palabras de Bourdieu (2000), el Derecho moderno produce una mediación entre los individuos y el Estado, los individuos no resuelven sus conflictos entre sí, sino que éstos aparecen regulados tanto por los derechos y leyes escritas como por las instituciones del sistema de justicia estatal. Por otro lado, el criterio de legitimidad del Derecho moderno descansa en el discurso científico que aparece ligado al desarrollo de una ciencia profundamente influida hasta la actualidad, valga decirlo, por un paradigma positivista, cuyo problema fundamental es la presunción de objetividad, la interpretación de las leyes y la resolución de los conflictos.

En este contexto, el Estado Constitucional de Derecho pregona como uno de sus valores fundamentales la 'igualdad ante la ley' (Santos 2003). Sin embargo, en la práctica esto no ocurre, toda vez que la idea de igualdad está determinada, desde su constitución histórica, por una presunción filosófica: la idea de un contrato social ideal donde las leyes son entendidas como entidades filosóficas absolutas y donde los elementos que constituyen la ciudadanía, es decir, los sujetos jurídicos, suponen para las clases económicas mayoritarias la negación del acceso al poder. A esto hay que añadir la imposibilidad de una interpretación neutral de la ley ya que la misma no está separada de la subjetividad de los funcionarios de justicia, cuyas interpretaciones tampoco están divorciadas de las jerarquías existentes en la sociedad. En otros términos, la idea de la existencia de una interpretación neutral de la ley no es posible debido a la subjetividad que toda interpretación supone; la idea de igualdad que sustenta el Estado constitucional de Derecho se enfrenta al problema de la interpretación subjetiva de sus funcionarios, que impide su existencia.

De acuerdo con lo estudiado en el campo de la antropología jurídica (Poole 2009; Tiscornia 2004; Nader 1998), los sistemas de Derecho siempre están determinados por valores culturales y sociales. Sin

embargo, en este ensayo no necesariamente se tratará de defender la existencia de un relativismo absoluto, sino de entender cómo la sociedad, sus valores y prácticas, determinan las interpretaciones y prácticas de los funcionarios de justicia. En particular, se trata de mostrar cómo las desigualdades existentes en la sociedad ecuatoriana, en particular en torno a la inferiorización a los indígenas (Whitten 1999; De la Torre 1996; Cervone 1999; Rivera 1999; Hollenstein 2009), son actualizadas por los funcionarios de justicia en Riobamba, en sus interpretaciones en torno a los casos de justicia indígena.

Para entender este problema, narro brevemente el origen teórico y el significado de la idea del contrato social con el fin de mostrar la imposibilidad de la existencia de una 'igualdad ante la ley' en relación a la corriente filosófico-histórica dentro de la cual se genera. Luego, de manera sucinta, analizo el origen del Estado Constitucional de Derecho y sus implicaciones en la actualidad, en particular para concluir que es precisamente la brecha que existe entre la constitución y las leyes, tipificadas en los códigos dentro del Estado Constitucional de Derecho, la que es utilizada para actualizar prácticas culturales específicas. Posteriormente, desarrollo brevemente el concepto de ciudadanía, no en la línea de su potencial político, sino más bien como una limitante en torno a los logros alcanzados en términos de ley por los movimientos indígenas.

Finalmente, examino las prácticas del sistema de justicia ordinario en Riobamba. Para ello, trato de analizar algunos indicadores cuantitativos acerca de la percepción del sistema de justicia. La interpretación de estos indicadores es enriquecida con un trabajo antropológico-cualitativo realizado en 2011, basado en entrevistas y conversaciones con administradores de justicia ordinaria, principalmente jueces, cuyos testimonios permiten entender la relación que existe entre sus representaciones socio-culturales, sus decisiones en torno a la justicia indígena y la reproducción de desigualdades existentes en la sociedad, en particular, en torno a la inferiorización de los indígenas o la reproducción del racismo dentro del sistema de justicia ordinario ecuatoriano.

LA FICCIÓN FILOSÓFICA DE “LA IGUALDAD ANTE LA LEY” Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En pos de comprender la imposibilidad de la existencia de una verdadera interlegalidad en el Ecuador es necesaria una breve reflexión teórica acerca de los alcances y limitaciones del principio de igualdad ante la ley, no sólo como uno de los fundamentos que legitiman al actual modelo del Estado liberal Constitucional de Derecho (Santos 2003), sino como requisito para la generación de un verdadero proceso de diálogo, que suponga como iguales, tanto el sistema de justicia ordinario como el sistema de justicia indígena.

Por un lado, se trata de entender la idea de igualdad a partir de una breve perspectiva histórica, en particular en torno a dos paradigmas teóricos que construyen la idea de igualdad dentro del Estado actual: el Iluminismo y el cientificismo; y por otro, de determinar los nuevos desafíos a los que se enfrenta el concepto de igualdad de los ciudadanos frente al Estado en la actualidad, tomando en cuenta el surgimiento de diversos grupos culturales que buscan su reconocimiento y, a la vez, desafían el modelo de la existencia de una ciudadanía universalmente igualitaria dentro del Estado.

Para Foucault (1992), en todo concepto teórico existen ‘las fisuras’ que hacen imposible pensar que la idea teórica-jurídica de la igualdad ante la ley que promulga el Estado se cumpla únicamente debido a que consta en la constitución. Esta igualdad no necesariamente forma parte de las prácticas de sus funcionarios, quienes lejos de garantizar su cumplimiento, están determinados por condiciones culturales e históricas, que influyen sus prácticas judiciales

La Constitución ecuatoriana declara que:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identi-

dad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (Art.11, numeral 2).

La pregunta es ¿por qué a pesar de estar este principio vigente en la Constitución, la población de Riobamba, de acuerdo con una encuesta realizada por *Prime Consulting*, se ha sentido discriminada por su color de piel (37%), lugar de origen (33%) y situación económica (53%)? La idea es, pues, entender cómo se muestra esta discriminación en las prácticas de los funcionarios de justicia en esta ciudad.

Estado, iustnaturalismo, cientificismo y constitucionalismo

Hay dos paradigmas que han sido determinantes en la formación del Estado como modelo político vigente, a saber, “el Iluminismo y el cientificismo” (Santos 2003), de ahí que sea pertinente un breve análisis acerca de estas influencias, para entender algunas razones que, desde los mismos presupuestos filosóficos que legitiman la formación del Estado, vuelven sospechosa la posibilidad de una verdadera igualdad ante la ley.

Para entender la influencia del Iluminismo¹ en la constitución del Estado, me remonto varios siglos atrás, en particular, a la corriente iustnaturalista, como una de sus bases teóricas. Hacer un relato breve acerca de la forma de pensar de estos teóricos, permitirá comprender el desfase que existe entre la teoría, la ley y las prácticas sociales.

1. El Iluminismo es una corriente europea que se desarrolla a partir del siglo XVII y alcanza su apogeo en el siglo XVIII. Lo que se busca con el Iluminismo es, en términos weberianos, el desencantamiento del mundo y la legitimación de la razón como nuevo paradigma de verdad, en contraposición con la verdad religiosa. Por ello busca la creación de nuevos modelos políticos, cuya legitimidad sea immanente a los hombres, para superar la persistencia de una soberanía “divina” del poder, mediante el uso de la razón, como nueva fuente de legitimidad. Para un análisis más exhaustivo ver: Steele 1980.

Para legitimar al Estado como modelo político, tanto Maquiavelo (quien dio fundamentos para el desencantamiento de la política) y Hobbes, como Rousseau y Locke, parten de la afirmación de la existencia de un ‘estado de naturaleza’ como presupuesto ontológico o esencia universal común a todos los hombres.² Los dos primeros afirman que esta característica fundamental da cuenta de que el hombre es malo por naturaleza. De un lado, Maquiavelo intenta aconsejar al príncipe de Italia sobre cómo administrar al pueblo mediante un doble discurso retórico que permita su control. De otro lado, Hobbes, con su conocida frase “el hombre es lobo del hombre”, plantea la necesidad³ de la construcción de una entidad fuerte, el *Leviatán*, como única posibilidad para superar este estado de naturaleza. Para Hobbes, ante la maldad intrínseca de los hombres, éstos se vuelven seres desprotegidos debido a la amenaza de muerte que supone el otro.

En cambio, para Rousseau los hombres son buenos por naturaleza; es la sociedad la que genera maldad en los seres humanos porque implica una búsqueda incansable de poder, de ahí que para educar bien a un niño haya que volver al campo.⁴ La solución para estos autores está en la realización de un ‘contrato social’ que implica: en el caso de Hobbes, que los individuos cedan al Estado su poder total (en torno a la posibilidad de eliminar o matar al otro) para obtener a cambio la protección estatal de la vida de todos. En el caso de Rousseau, se trata de ceder parte del poder individual al Estado, poder que puede ser revocado, para regular la distribución del poder entre los individuos. Lo importante es que esta regulación se realizará precisamente mediante la promulgación de leyes.

En este marco histórico, el Derecho surge como el instrumento de regulación que hace posible el funcionamiento de este pacto social, justificado a partir del presupuesto de una maldad intrínseca de los hombres. Es a partir de este paradigma que se desarrolla el Estado actual. No obstante, sin querer ahondar en la forma en que estos modelos europeos

se aplicaron en Latinoamérica, sólo añadiré que, de acuerdo con Zaffaroni (2009, 110), esta adaptación de modelos extranjeros trajo como consecuencia que en América Latina existiera “un caos de estructuras judiciales”. El problema es que la idea de la necesidad de la ley y la creación de un órgano de regulación política basado en un contrato social, partiendo de un criterio filosófico abstracto como supone la idea de la existencia de un “estado de naturaleza” de bondad o maldad universal del hombre, constituye, a decir de Boaventura de Sousa Santos, sólo “un artificio lógico o una elaboración teórica dedicada a justificar la institucionalización de la sociedad civil” (2003, 149).

Luego de este primer momento de constitución del Estado-nación, y en medio del surgimiento de nuevos actores políticos y sociales, apareció el Estado moderno o Estado de Derecho del siglo XIX, determinado por el auge del paradigma científico, pero sin desligarse de su herencia iluminista-iustnaturalista del período anterior. Sin embargo, para Foucault cuando se producen cambios históricos, éstos no se desligan totalmente de los modelos que cuestionan, sino que permanecen y transmutan. De ahí que para el filósofo francés, no exista un divorcio entre la Edad Media y la Modernidad y su modelo político; entre el paradigma filosófico-iustnaturalista y el paradigma científico del Estado moderno.

Durante la Edad Media se construyeron varios dispositivos de poder, como la indagación o la confesión, que serán mantenidos y resignificados en función de las técnicas científicas en el ejercicio de administración de justicia dentro del moderno Estado de Derecho. En particular, el Estado actual permanece muy ligado, tanto a la primacía de la ley escrita-ilustrada, como a la necesidad de la aplicación de criterios científicos en la producción y ejercicio de la ley.

Hay que entender, entonces, que el Estado secular moderno nace de la necesidad de crear un nuevo instrumento político que ya no legitime su autoridad en Dios o en lo trascendente. Este nuevo modelo busca una legitimidad inmanente y para ello utiliza a la ra-

2. “Por la confusión y el desorden tuvo Dios ciertamente que haber designado un gobierno que limitara la parcialidad y la violencia de los hombres” (Locke 1980, 71).

3. Necesidad que permanece vigente, al ser retomada por autores como Niklas Luhmann en el desarrollo de su moderna “teoría de los sistemas”. Para una mayor comprensión de este tema ver: Luhmann 1989.

4. Véase Rousseau 1972.

zón y a la ciencia como nuevas fuentes de legitimidad. Sin embargo, y con el desarrollo de las ciencias, surge también un ‘aparato racional-burocrático’ que genera un nuevo modo de ejercer justicia, a través de la “centralización de la administración de justicia” o, en otros términos, “su estatalización” (Santos 2003).

Al igual que ocurrió con el Contrato Social, la dominación jurídica racional que se desarrolla a partir del siglo XIX, a decir de Boaventura de Sousa Santos está legitimada por un sistema racional de leyes universales y abstractas emanadas del Estado, que presiden una administración burocratizada y profesional, y que son aplicadas a toda la sociedad por un tipo de justicia basado en una racionalidad lógico-formal (2003, 161).

En este sentido, cabe anotar que el modelo teórico-científico que persiste en los procesos de administración de justicia, tiene como principal paradigma el positivismo; corriente que permanece vigente y cuyos principales representantes dentro del Derecho son Kelsen (1972) y Bobbio (1993), entre otros. Como se ha descrito, los modelos teóricos a los que responde la formación del Estado delimitan también dos períodos históricos de su formación. La primera fase corresponde a la formación del Estado dentro del paradigma del ‘estado de naturaleza’ durante el siglo XVIII y el segundo período está determinado por el moderno Estado de Derecho del siglo XIX. Ferrajoli hace una distinción entre lo que denomina derecho iusnaturalista, para el primer período, y derecho positivo, para el caso del Estado moderno:

El rasgo distintivo del positivismo jurídico, en contraste con el iusnaturalismo que había sido la cultura, la meta-teoría, subyacente a la ciencia y a la experiencia jurídica premoderna: cuando, en ausencia del principio de legalidad como norma exclusiva de reconocimiento del derecho válido, era el “derecho natural” como sistema de normas y principios considerados justos o racionales en sí mismos, el parámetro de legitimación y al mismo tiempo de reconocimiento de la validez de las tesis propuestas tanto por la doctrina jurídica como por la práctica judicial (Ferrajoli 2006, 114).

Es decir, que el “Derecho bajo el modelo del positivismo ya no está basado en una disquisición filosófica sino -en términos de Foucault (2001)- en todo “un aparato de saber-poder” (burocracia y ciencias jurídicas), que se visibiliza mediante un conjunto de técnicas, pero también de instituciones y funcionarios encargados de determinar un nuevo pacto social, basado en la verdad neutral que busca la ciencia y sus métodos, así como en la primacía de la ley y sus procedimientos escritos; lo que en palabras de Kelsen deslindaría definitivamente la justicia, como fin abstracto y *telos* del sistema jurídico, de la institucionalidad estatal:

La Justicia es un ideal irracional (...). La solución de los conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos órdenes sea justo es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional (Kelsen 1972, 15).

De ahí que cuando Kelsen marca la distinción entre *Derecho* y *Justicia*, proclama que la definición pura de Derecho es el objeto del positivismo jurídico (Kelsen 1972, 6 y 15), mismo que “no admite más que el saber positivo que parte y termina en la experiencia sensible (...), con lo que pretende suprimir la metafísica del conjunto sistemático del saber humano” (González 1979, 259); y cuyas características más sobresalientes son: “a) Seguridad en la validez de la ciencia; b) admisión de leyes naturales absolutamente constantes y necesarias; c) uniformidad de las estructuras de la realidad; d) continuidad en el tránsito de una ciencia a otra, y; e) tendencia a la matematización y al mecanicismo” (González 1979, 260).

En ese contexto, define a la *norma jurídica* como “un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado” (González 1979, 287); así, el Derecho sería un orden unitario “formado por diversas clases de normas que van desde la individualizada hasta la norma básica o fundamental, que es la Constitución Política de un país” (González 1979, 287).

A decir de Ferrajoli:

El derecho positivo moderno nace en el momento en que se afirma el principio de legalidad como meta-norma de reconocimiento, como garantía de la seguridad jurídica y de la libertad frente a la arbitrariedad (...) todas las normas jurídicas y, por ello, todas las reglas de uso del lenguaje jurídico existen y son válidas en la medida en que sean dictadas por autoridades establecidas sobre la base de otras normas de competencia normativa (Ferrajoli 2006, 114).

Para Ferrajoli existe un tercer período dentro de la formación del Estado de Derecho, que se produce a partir del fin de la segunda guerra mundial. Esta transición “permite completar el paradigma del Estado de Derecho, o sea la sujeción de la ley de todos los poderes, incluso el de la mayoría –que se subordina también a él (...) más precisamente a la Constitución” (Ferrajoli, 2006).

Este modelo, que surge en Europa luego de la segunda guerra mundial, cuestiona –según Ferrajoli (2006)- el consenso de las masas que, al permitir las dictaduras fascistas, no necesariamente garantizan el derecho de todos. Es por ello que “se vuelve a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso el mayoritario, según la noción estipulada dos siglos antes en el artículo 16 de la Declaración de los derechos de 1789”. Para Ferrajoli, el positivismo jurídico vigente hasta ese momento, si bien planteaba a la ley escrita como única fuente en la producción de verdad jurídica, no garantizaba en la práctica el cumplimiento de los derechos fundamentales, en particular la igualdad ante la ley.

Emerge entonces el modelo constitucionalista que busca controlar la producción de leyes mediante un mecanismo del propio Derecho, basado en la producción de normas positivas. Se trata de meta-normas o de la producción de principios básicos que permitan controlar la producción de reglas y con ello lograr que el ser o la existencia del derecho ya no pueda derivarse de la moral ni extraerse de la naturaleza sino que es puesto o hecho por hombres y

como éstos lo quieren (...) el “deber ser” del derecho, o sea sus condiciones de validez, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones mediante las que se piensa y proyecta el derecho, estableciendo los valores ético políticos -la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales- que se ha convenido deben ser informadores de aquellas (Ferrajoli 2006, 259).

En este contexto, este tipo de legalidad positiva cambia de naturaleza, ahora ya no sólo controla, sino que es controlada mediante el establecimiento de normas constitucionales que ya no dicen únicamente acerca de los mecanismos de producción de leyes, sino que establecen límites en sus contenidos para poder garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, en particular de la igualdad ante la ley.

Pero entonces, si de acuerdo con Ferrajoli la existencia de normas constitucionales permiten garantizar el cumplimiento de la igualdad de la ley, ¿por qué existen personas que han sentido discriminación como muestran los datos cuantitativos de la encuesta realizada en Riobamba ¿Qué pasa con este paradigma garantista en la práctica y cómo se relaciona con la imposibilidad de un divorcio entre las interpretaciones de la ley por parte de los funcionarios de justicia y la cultura a la que pertenecen, en particular las desigualdades existentes en la sociedad?

Vemos que el panorama a analizar es muy complejo. Sin embargo, en ello radica el desafío de esta investigación, esto es, que al final nos permita entender mejor las prácticas de administración de justicia en Riobamba dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho vigente, y sobre todo en relación con una marcada desigualdad que aún afecta a los indígenas y que persiste en la actualidad.

Todavía nos queda por analizar una pieza fundamental en relación, no a las respuestas que genera la misma institucionalidad del Estado para controlar el cumplimiento de las leyes, sino a las respuestas que surgen de la sociedad, en particular en el Ecuador. Me refiero a la emergencia del movimiento indígena en América Latina que ha sido largamente estudiado. La idea es entender cómo a pesar de que los movi-

mientos indígenas lograron grandes avances en base a la reivindicación de sus derechos como ciudadanos, no sólo en torno a la constitución, sino también en torno a la promulgación de legislación secundaria, existen límites que tienen que ver con las interpretaciones que los funcionarios de justicia hacen de estos, y las desigualdades que persisten en la sociedad.

Estado Constitucional de Derecho: igualdad ciudadana y reconocimiento

Cabe anotar que la promulgación de derechos ha sido históricamente el resultado de profundas luchas sociales. Por ejemplo, en el Capital, Marx muestra cómo en el siglo XIX, se produjeron un sinnúmero de conflictos sociales que llevaron a la producción de leyes que intentaban controlar los horarios y la edad de los trabajadores, debido a la cruenta explotación que vivían los trabajadores en el inicio de la formación de fábricas.

En este sentido, el concepto que utiliza la teoría liberal del Estado para designar la existencia de individuos iguales ante la ley es el de ciudadanía que, de acuerdo con Marshalls, se refiere al “*statu* que se concede a los miembros de una comunidad en pleno derecho” (Marshalls en Díaz 2009, 33).

Marshalls realiza una tipificación, en base a la periodización de los derechos ciudadanos alcanzados a través de la historia. De acuerdo con este autor, la ciudadanía está compuesta por tres generaciones de derechos que se obtuvieron a través de grandes luchas a través del tiempo. En el siglo XVIII se promulgaron los derechos civiles o de primera generación; en el siglo XIX los derechos políticos o de segunda generación; y en el XX se luchará por la obtención de los derechos sociales. En la actualidad, se habla de la pugna por derechos de cuarta generación que, para Adela Cortina, se refiere a los derechos culturales (Cortina en Díaz 2009, 33).

Dentro de estos últimos se encuentra el tipo de derechos que se reivindican con fuerza en la actualidad en América Latina por parte de varios grupos de indígenas que han llevado a cabo grandes movilizaciones con el objeto de lograr su autonomía y a la vez inclusión igualitaria dentro del Estado, debido -entre

otros factores- al racismo del que han sido objeto por siglos (Salman 2009; Stavenhagen 2002; Baud 1996; Assies 2001). De ahí que buscan ser reconocidos como iguales y a la vez autónomos.

Lo importante de estas reivindicaciones es que ponen en jaque al concepto de ciudadanía igualitaria porque hacen visible el hecho de que, en la práctica, la igualdad ciudadana nunca ha existido. Las luchas de estos grupos, que han sido recogidas en varias de las constituciones de los países de América Latina, continúan generando varios debates teóricos y prácticos sobre la igualdad dentro del Estado Constitucional de Derecho vigente y la necesidad de autonomía sin discriminación o exclusión.

Esto nos hace pensar sobre el problema de la igualdad y la diferencia ciudadana. La teoría clásica de ‘ciudadanía moderna’ de Marshalls reivindica el *statu* de igualdad ciudadana, sin embargo, autores como Eduardo Díaz critican a teóricos liberales como el propio Marshalls o Amartya Sen. De acuerdo con Díaz (1999), estos autores vuelven ontológica una categoría que, en realidad, es histórica. En su criterio, el problema de los teóricos liberales como Marshalls o Sen, es que universalizan desde una concepción abstracta y esencialista la igualdad del ciudadano que en la práctica no se corresponde necesariamente con la realidad.

En este mismo sentido, para Young el problema con la idea de ciudadanía igualitaria en el pensamiento moderno liberal es que asume que la universalidad ciudadana de por sí “transcends particularity and difference” (Young 1990, 263). De otro lado, la extensión de derechos para todos que reivindica Amartya Sen no ha logrado una verdadera justicia y equidad, por tanto la solución para Young tiene que ver con establecer “*a concept differentiated citizenship as the best way to realize the inclusion and participation of everyone in full citizenship*” (Young 1990, 264); idea que está acorde con las demandas de varios movimientos sociales en la actualidad en América Latina.

En este contexto, el surgimiento de estos movimientos produce según Assies “una nueva politización de la identidad indígena” (1999, 515). Esta politización supone no sólo la defensa de la diferencia

cultural y de las autonomías, sino que pone en discusión los supuestos del Estado-nación unitario y, sobre todo, del concepto de igualdad frente a la ley. Sus luchas, en principio, se dan por la necesidad del reconocimiento del Estado como multicultural, sin embargo, en un segundo momento estos mismos grupos sobrepasan dicha idea del reconocimiento de sus prácticas como autónomas o separadas, y plantean la necesidad de ser interlocutores igualitarios dentro del Estado. No buscan ser considerados como *guetos*, sino como grupos que interactúan con el resto de la sociedad y forman parte en las decisiones políticas y sociales.

En el caso del Ecuador, a partir de la Constitución de 1998 y la ratificación en el mismo año del Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, que entró en vigor en 1999 (García 2010), el multiculturalismo aparece en importantes avances relacionados con el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y el establecimiento del Ecuador como un país pluricultural y multiétnico, y de igual manera como intercultural y plurinacional a partir de la Constitución del 2008.

En la Constitución de 1998 se estableció el reconocimiento de la justicia indígena, en el artículo 191, siendo ratificado en la de 2008, en el artículo 171. En esta última, se añadieron algunos elementos importantes como la garantía de los derechos de las mujeres, niños y niñas en su práctica, la jurisdicción territorial (artículo 171) y su reconocimiento a la par del sistema de derecho ordinario (artículo 167). Incluso se ha avanzado en la aprobación de legislación secundaria, en concordancia con el artículo 171, tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial (artículos 343-346), como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (artículos 65 y 66).

No obstante, para Assies, la justicia indígena, para ser integrada como un sistema de justicia igual al ordinario, no puede ser entendida como “lo prístino, o un pasado ancestral” (Assies 1999), sino como un proceso que se constituye a partir de coyunturas políticas en movimiento. De ahí que para Yashar los movimientos que representan a la politización de la identidad étnica no sólo buscan autonomía colectiva,

sino que expanden sus agendas “*to take more than the defense of their collective Rights...they have also come to demand inclusion and equal treatment as individuals in the democracy that are now in place*” (Yashar 2005, 285). La autonomía y el reconocimiento de los derechos colectivos se han vuelto herramientas políticas para legitimar su inclusión social, económica y simbólica dentro de los Estados.

Sin embargo, si bien es innegable la importancia de estos alcances, hay que decir que estos planteamientos no nos ayudan por sí solos a resolver el conflicto de la imposibilidad de la igualdad ante la ley dentro del Estado de Derecho Constitucional, sino que más bien vuelven el problema más complejo, ya que nos llevan a repensar seriamente en los supuestos liberales que promulga el Estado acerca de la igualdad de los individuos, y que en el caso de los indígenas ha significado también, en muchos aspectos, un intento de asimilación, discriminación y exclusión constantes.

De lo analizado surge esta reflexión: si bien el Derecho aparece como un instrumento político utilizado por varios grupos identitarios que les ha permitido lograr reivindicaciones, posibilitando la existencia de una mayor igualdad dentro del Estado, también puede decirse que constituye su propio límite. En otras palabras, a la vez que posibilita la igualdad y autonomía, también las restringe. Me refiero a la idea de Foucault acerca de que el Derecho es también un mecanismo de control que permite -junto a la ciencia y a la Ilustración- clasificar e institucionalizar las ‘desviaciones’ de lo que se considera como ‘normal’ (Foucault 1992), a la vez que promulga la igualdad, también promulga la discriminación. Esto es precisamente lo que ocurre con la justicia indígena ya que, a pesar de los avances a favor de la existencia de una verdadera interlegalidad, este sistema de justicia no es considerado por los funcionarios como un sistema de igual *statu* que el sistema de justicia ordinario, sino que es visto como inferior.

De aquí que para Santos, la obtención de derechos, si bien puede ser el resultado de luchas sociales, también ha sido un mecanismo por el cual estas luchas han sido reguladas, esto es, que el Derecho históricamente ha aparecido más como un mecanis-

mo funcional “a la regulación que a la emancipación” (Santos, 2003). Los logros alcanzados en términos de derechos por parte de grupos sociales, si bien pueden ser entendidos como mecanismos que posibilitan mayor igualdad social, también constituyen instancias que la limitan, tienen por fuerza dentro de sí mecanismos que les permiten moverse en ambos sentidos y que, debido a esta lógica contraria, vuelven al Estado paradójico.

En principio, la formación de Estados Constitucionales de Derecho genera una brecha irremediable y naturalizada por varios teóricos del neoconstitucionalismo (Ferrajoli 2008; Zaffaroni 2009; entre otros). Esta hace referencia a la distancia que el Estado Constitucional de Derecho genera entre los principios fundamentales constitucionales -que son vistos como ideales, y en los que constan las reivindicaciones indígenas- y que no necesariamente se cumplen; y la legislación secundaria, entendida como la práctica.

Esta brecha, que en principio aparece como un mecanismo para controlar la producción de leyes secundarias -tal como lo planteó Ferrajoli- hace que, como muestra el trabajo de campo realizado en Riobamba (y que explicaré más adelante), en la práctica jurídica exista una mayor ambigüedad en la aplicación de justicia que, en consecuencia, facilita que los funcionarios algunas veces den prioridad a los principios constitucionales y otras prefieran ser consecuentes con las reglas escritas en los códigos. De ahí que el análisis de esta brecha es importante en el sentido de que muestra precisamente que los controles que el mismo Estado genera para garantizar el cumplimiento de la igualdad ante la ley, paradójicamente pueden producir el efecto contrario. Esta paradoja nos permite visibilizar la imposibilidad de una interpretación neutral de la ley cuya ambigüedad inicia desde la misma estructura del Estado.

JUECES, SUBJETIVIDAD Y LA IMPOSIBILIDAD DE LA NEUTRALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN RIOBAMBA

Administración de justicia en Riobamba

A partir del trabajo de campo realizado en Riobamba se puede decir que la administración de justi-

La aplicación de las leyes se produce a partir de una interacción entre los principios establecidos en la constitución, que plantean la igualdad en el acceso a la justicia (y su contraparte, la no discriminación), y las leyes que se encuentran en el código penal, que mantiene categorías que reproducen la desigualdad y permiten la utilización de conceptos arcaicos. Un ejemplo en este sentido es el concepto de *rusticidad*, aun vigente en la legislación ecuatoriana. Este concepto es utilizado para caracterizar a los testigos indígenas, y su vigencia supone y justifica la inferiorización de estos individuos en las prácticas judiciales, incluso a pesar de lo que plantea el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 343, 344, 345 y 346, acerca de las garantías en el acceso a la justicia ordinaria de los indígenas, así como en lo referente a la cooperación entre justicia indígena y ordinaria, pero sobre todo en contra de los principios de igualdad y no discriminación que plantea la constitución ecuatoriana.

Sin embargo, sostengo que el problema no es únicamente la brecha que existe entre lo estipulado en la constitución y las leyes vigentes en los códigos, como plantea Ferrajoli, sino la imposibilidad de pensar en la existencia de una interpretación neutral. Por tanto, esta brecha debe ser entendida como un instrumento que no sólo controla el cumplimiento de las leyes sino que permite visibilizar la arbitrariedad existente en la interpretación de las mismas. Los funcionarios de justicia no son sujetos abstractos que aplican las leyes objetivamente, como supone el positivismo jurídico, sino que constituyen sujetos eminentemente históricos, cuya interpretación y práctica de la ley están influenciadas tanto por la brecha que el Estado Constitucional de Derecho genera, como por las características sociales y culturales que influyen su interpretación. Mi hipótesis es que esta interpretación subjetiva no está desligada de las desigualdades sociales existentes. De ahí la imposibilidad de plantear una igualdad ante la ley.

cia en esta ciudad está conformada por una serie de actores e instancias que complejizan su ejercicio. Es preciso tomar la idea de Boaventura de Sousa Santos para quien, debido a los desafíos que presenta el

Estado en un contexto transnacional y multicultural, de cierta forma “estamos volviendo a la existencia de un pluralismo jurídico” (Santos 2003), que no es lo mismo que interlegalidad. El primero supone un tipo de inclusión aditiva, un reconocimiento igualitario de los diversos tipos de justicia existentes, pero no necesariamente aboga por una interacción conjunta como lo hace el concepto de interlegalidad. Si bien el objeto central de esta investigación es el análisis del principio de igualdad ante la ley, en la práctica de la justicia ordinaria es importante mencionar estas otras formas de justicia que, claramente influenciadas por la justicia indígena, coexisten en la ciudad junto con la justicia ordinaria y son utilizadas también por grupos de mestizos y campesinos.

En Riobamba, además de los juzgados, existen centros de mediación que, a decir de una de sus directoras, “son opciones que han surgido debido a los problemas que presenta la justicia ordinaria, en términos de dinero, tiempo y solución de conflictos” (Entrevista con la directora de un centro de mediación de Riobamba, 25 de enero de 2011). Esta funcionaria plantea que muchos mestizos acuden a solucionar sus conflictos en estos centros, pero sobre todo indígenas. De acuerdo con su testimonio, ellos prefieren esta forma de resolución de conflictos porque

“los abogados les sacan dinero y no les resuelven sus problemas. Aquí (en el centro de mediación) se les habla en su idioma y se les evita el papeleo, por eso hay mucha gente que nos prefiere”.

Sin embargo, estos centros de mediación no están separados de la justicia ordinaria. A veces, un mismo caso tiene audiencia tanto en el sistema de justicia ordinaria como en los centros de mediación. Esto muestra que hay individuos que utilizan ambas formas: la justicia formal ordinaria y el sistema de mediación o resolución de conflictos -los mismos que no solo están compuestos por las partes en conflicto y sus mediadores, sino también por los abogados para resolver un conflicto.

Existe por ello en Riobamba, una suerte de justicia en dos niveles, justicia ordinaria y centros de mediación. Sin embargo, estas dos instancias no están separadas sino que coexisten paralelamente, lo cual

puede generar varios conflictos. Por ejemplo, una mujer indígena a quien llamo ‘Eva’ me contó que su marido había sido acusado por lesiones al golpear a otro sujeto. De acuerdo con su testimonio, ellos arreglaron el problema en los centros de mediación e indemnizaron al afectado, sin embargo el conflicto jurídico surgió cuando el abogado del marido de ‘Eva’ se olvidó de detener el proceso que había iniciado dentro de la justicia ordinaria. Ahora su esposo debe ir a la cárcel aunque el problema ya fue arreglado mediante acuerdos según la sentencia dictada.

Se dan también casos de mestizos campesinos que forman comunidades y se organizan políticamente para ejercer sus propios mecanismos de justicia. Me refiero a las “Juntas del Campesinado” que existen en varias regiones de Chimborazo, Tungurahua, Cotopaxi, entre otras provincias. Sin ahondar sobre esta forma de organización que es muy compleja, lo interesante es ver cómo la justicia ordinaria debe relacionarse con todos los actores que influyen en la administración de justicia en Riobamba.

Por su puesto está la justicia indígena, que aparece como radicalmente distinta al sistema de justicia ejercido por las juntas lideradas por campesinos y mestizos. En particular, uno de los problemas que enfrenta la justicia indígena en los casos que se refieren al ámbito penal se da debido a la existencia de conflictos de jurisdicción entre ésta y el sistema de justicia ordinaria.

Lo importante de esta descripción es entender que los funcionarios de justicia deben lidiar con todos estos actores en el marco de un pluralismo jurídico. En este punto hay que aclarar que no existe una interacción horizontal, relativa o vacía, sino que, como plantea Santos, en medio de este pluralismo jurídico -que se asemeja al existente en el régimen feudal- “la justicia estatal sigue siendo central” (2003); por tanto, sus mecanismos legitiman las demás.

Percepción ciudadana acerca de la imposibilidad de una justicia neutral e independiente

De acuerdo con los datos cuantitativos de una encuesta realizada en Riobamba, ante la pregunta: ¿Qué independientes cree Ud. que son los jueces

para tomar sus propias decisiones?, los riobambeños respondieron lo siguiente:

Nada Independientes	1	21%
Poco independientes	2	57%
Bastante Independientes	3	19%
Totalmente Independientes	4	2%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012.
Cuadro elaboración propia.

Estos indicadores muestran que la población en general, lejos de considerar la ley como algo neutral, sabe que no existe una independencia en las decisiones que toman los jueces en su interpretación. En otras palabras, la población es consciente de que no se pueden interpretar las leyes de una manera neutral o apolítica. Esto es obvio si se toma en cuenta que, de acuerdo con estos indicadores, el 78% de la población piensa que los jueces son nada o poco independientes, mientras que apenas el 2% afirma que son totalmente independientes. Por tanto, no es sorprendente que si la población en general percibe que no existe una dependencia en la interpretación de la ley, ni siquiera por parte de los funcionarios de justicia, tampoco sientan la obligación de cumplirla.

Ante la pregunta ¿Qué tan de acuerdo o en desacuerdo está usted con las siguientes frases?, en el caso del indicador sobre la necesidad de desobedecer la ley, las respuestas fueron las siguientes:

	Muy en desacuerdo	En desacuerdo	De acuerdo	Muy de acuerdo
	1	2	3	4
P22a. "Hay momentos en los que es necesario desobedecer la ley"	10%	39%	44%	6%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012.
Cuadro elaboración propia

Al sumar los porcentajes de las personas que están muy de acuerdo o de acuerdo con la idea de que es necesario desobedecer la ley, resulta que la mitad de la población en Riobamba da por sentada la posibilidad de hacerlo. Si a esta afirmación se añaden los

porcentajes acerca de a quién beneficia la ley, tenemos que:

Las leyes en el Ecuador se hacen pensando en los grandes intereses nacionales.	1	56%
Las leyes en el Ecuador se hacen para beneficiar a intereses privados.	2	42%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012.
Cuadro elaboración propia..

Si bien para el 56% de la población las leyes se hacen pensando en los intereses nacionales, el porcentaje de personas que piensan que las leyes se hacen para beneficiar intereses privados también es muy alto (42%). Además, el hecho de que más de la mitad de la población en Riobamba piense que las leyes representan el interés de todos nos lleva a preguntarnos ¿si las leyes son percibidas como positivas, dónde está el problema entonces?

Para responder a esto es necesario incluir los porcentajes referentes a la pregunta acerca de cuál de todas las opciones planteadas es percibida como el principal problema del sistema judicial en el Ecuador por parte de la población estudiada:

Se equivocan	1	11%
Mala administración	2	14%
Falta de valores	3	6%
Hay desconocimiento de las leyes	4	7%
Falta de recursos	5	3%
Leyes deficientes	6	3%
Hay mucho intereses	7	7%
Nepotismo / tráfico de influencias	8	6%
Procesos y trámites tardados	9	4%
No cumplen las leyes	10	9%
Jueces y funcionarios corruptos	11	11%
Hay corrupción	12	9%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012.
Cuadro elaboración propia..

Los dos indicadores que tienen el mayor porcentaje están relacionados con la percepción de una mala administración de justicia (16%) y con la idea de que los jueces y funcionarios de la administración de justicia son corruptos (11%), o que hay corrupción en la administración de justicia (9%). En contraste, apenas

el 3% de la población considera que el problema de la justicia en el Ecuador tiene que ver con la existencia de ‘leyes deficientes’.

El problema entonces no está tanto en las leyes que en Ecuador han sido el resultado innegable de grandes luchas políticas llevadas a cabo por los movimientos sociales en los últimos años. En cambio, la corrupción de los jueces o su falta de independencia, son percibidas por la mayoría de la población como el cuello de botella de la justicia ecuatoriana.

Por tanto, para hablar de la existencia de igualdad en torno a la justicia, son los funcionarios, su cultura, subjetividad y el contexto histórico como parte de la interpretación y práctica de los principios constitucionales, y no tanto lo que está escrito en las leyes, lo que debe ser objeto de análisis. En este sentido, son coherentes las respuestas de la población ante la pregunta de ¿Qué tanto cree Ud. que se cumple la Constitución Nacional en el Ecuador?:

Nada	1	4%
Poco	2	69%
Bastante	3	22%
Totalmente	4	3%

Fuente: Datos obtenidos de Primer Consulting 2012. Cuadro elaboración propia.

Casi dos tercios de la población consideran que la Constitución no se cumple o se cumple muy poco (73%), mientras que apenas un tercio de la población piensa que se cumple. Se refuerza la tesis de que el problema no es tanto, o en cualquier caso no solamente, la constitución o los principios vigentes en ella, sino quienes garantizan su cumplimiento. De ahí la pertinencia de un estudio antropológico acerca de la cultura de los funcionarios de justicia para entender la imposibilidad de la igualdad ante la ley como principio vigente en la Constitución ecuatoriana, en particular, en torno a las representaciones y decisiones que se toman en los casos de justicia indígena.

Cultura jurídica: tribunales y jueces

De acuerdo con el trabajo de investigación de campo realizado en Riobamba, los jueces que conformaban los tribunales penales se mostraron, en un inicio, distantes e inasequibles, pero conforme pasaron los días de observación de campo pude establecer una relación más cercana. Al principio, algunos me miraban con cierta sospecha, tal vez debido al proceso de reestructuración del sistema de justicia; otros se acercaban con curiosidad para preguntarme sobre el tema de la investigación que estaba realizando.

Durante la observación de los dos tribunales penales (que llamaré a y b) en Riobamba, resultó interesante cómo éstos no son vistos por el resto de funcionarios como entidades iguales: cada uno tiene su cultura y tradición interpretativa específica y cada uno tiene su ‘fama’ como muestra el testimonio del amanuense de un abogado:

si te cae en el ‘a’, ellos son más estrictos con los asesinatos, sobre todo por el juez ‘x’. Si está mal el proceso a él no le importa liberar o juzgar a quien sea; si hay algo incorrecto el man ve eso primero, por eso se le conoce como estricto.

¿Y qué pasa con el tribunal “b”? le pregunté enseguida:

“en cambio si te cae en el “b” y tienes un acusado de robo, esos manes sí son bien duros, ponen la pena máxima ¿No ve?, a un señor que robó un dólar ochenta, le pusieron cinco años (Conversación con el ayudante de un defensor público, 15 de febrero de 2010).

En las audiencias a las que acudí, noté que si un acusado de robo tiene antecedentes penales en cualquiera de los dos tribunales, es prueba casi irrefutable de que es culpable.⁵ Cuando hablé con un fiscal -dado que los jueces pueden ser acusados de prevaricato- le conté sobre el caso de “los cinco años por un dólar ochenta” para tratar de entender el razona-

5. Esta práctica es contraria a la Constitución de la República del Ecuador, donde, a tenor del artículo 11, el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...), pasado judicial (...). La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

miento que lleva a los operadores de justicia a dictar una sentencia tan desproporcional. Éste me dijo: “yo sí le hubiera acusado, le hubiera dado la misma pena” (Conversación con fiscal, 16 de febrero de 2010). Pero ¿por qué cinco años?, respondí asombrada, ¿no le parece desproporcional?, a lo que me respondió: “Mira, lo que pasa es que si hay ocho robos, esto no quiere decir que hay ocho ladrones ¿cierto?, entonces, si encuentro a uno, supongo que el robo que cometió no es el único”. “Ah, así pensado ya no es tan desproporcional la cosa” -le dije irónicamente y sin juzgar su razonamiento. “Sí”-me respondió- “exactamente”.

Si analizamos su razonamiento, tal desproporcionalidad es posible debido a que la sociedad ecuatoriana ha desarrollado una preocupación enorme por el tema de la inseguridad. Es por ello que en las prácticas de estos jueces, ‘el clima de inseguridad’ que es parte de la subjetividad ecuatoriana actualiza una lógica inquisitoria que indudablemente enmarca la interpretación de las leyes dentro de este marco social.

En cuanto a la relación de los funcionarios de justicia con los indígenas, si bien éstos pueden ser criminalizados (existen varios casos de indígenas acusados de tráfico de drogas), es su inferiorización el mecanismo que impera. En una de las primeras conversaciones que tuve con un juez del tribunal “b”, al preguntarle si habían audiencias que involucraran a personas indígenas, luego de pensar un momento me respondió: “de indígenas no, casi no hay aquí, a ver...” luego de pensar otra vez me dijo: “ah sí, en audiencias de robo, pues. Ese robo que se cometió hace poco en la carretera era de unos indígenas” (Entrevista a juez del Tribunal Penal de Chimborazo, 14 de Marzo de 2011). Nunca pude encontrar la audiencia a la que este juez se refería, sin embargo, él asoció indígenas con robo.

Sobre el tema de la inferiorización, para un juez de uno de los tribunales el hecho de que varios indígenas -que fungieron como testigos en una audiencia de juzgamiento que presencié- no supieran hablar fluidamente el castellano no solamente los hacía diferentes, sino que fue una razón para considerarlos como inferiores. De ahí que este juez prefirió gritarles varias veces durante la audiencia como solución para resolver la diferencia de lenguaje, antes que

traer un traductor como lo establece el Código de Procedimiento Penal en el artículo 117. Este hecho demuestra que los jueces presuponen la existencia de una diferencia entre ellos y los indígenas, basada en la inferiorización de los últimos.

Representaciones y toma de decisiones acerca de la justicia indígena: la imposibilidad de la igualdad ante la ley

Algunos testimonios de los funcionarios de justicia en Riobamba permiten visibilizar el problema de la inferiorización de la justicia indígena. En otras palabras, ésta no es tratada en términos de igualdad como promulga la Constitución.

De acuerdo con un defensor público:

Nosotros tenemos en la justicia ordinaria el código penal que es el código sustantivo donde se tipifican todas las infracciones que están constituidas como delito pero como les aplicamos a través el código de procedimiento penal que nos indica como se va a juzgar las infracciones tipificadas en el código penal. En cambio en la justicia indígena, no hay normativa, que tenemos la constitución que nos dice el 171, y habla de una regla general y nada más (Entrevista con Defensor Público de Chimborazo, 5 de abril de 2011).

De acuerdo con un juez de uno de los Juzgados de lo Penal de Chimborazo:

En la justicia indígena, ellos simplemente reciben las versiones del ofendido y de la ofendida...y se impone una pena; pero, me pregunto, si esa pena no está escrita ¿por qué se aplican normas y procedimientos propios primitivos? Existe un serio riesgo de que se vayan a cometer errores (...) ahí no se respeta el debido proceso, ahí no se tiene un abogado para que le diga si está faltando al debido proceso, entonces mi concepto es de que este es un sistema retrógrado. Pese a que se dice que la Constitución de la República es una de las mejores del mundo, no sé con qué objeto se estableció esto de la justicia indígena. Es verdad que lógicamente

nosotros como mestizos tenemos un punto de vista hasta un poco sesgado; pero si Ud. habla con un indígena, ellos le hablan de cosmovisión y de una serie de elementos que son muy respetables, pero no podemos conciliar entre la justicia ordinaria y la justicia indígena (Juez del Juzgado de lo Penal de Chimborazo, 27 de abril de 2011).

Con estos testimonios, es innegable que para los funcionarios de justicia ordinaria, la justicia indígena es inferior. Sin ahondar sobre el hecho de que en el sistema de administración de justicia ordinaria no necesariamente se cumple el debido proceso o la legítima defensa, lo importante es que estas representaciones acerca de la justicia indígena están relacionadas con un largo proceso histórico de inferiorización hacia estos grupos por parte de la sociedad ecuatoriana, que sin duda influye en las interpretaciones/decisiones de los jueces acerca de la competencia y jurisdicción de la justicia indígena. Cito el caso de uno de los jueces del Tribunal Penal que tiene 'fama' de neutral y estricto.

Al inicio de la conversación este juez comenzó a hablarme de un escenario positivo acerca de la existencia de la justicia indígena:

Actualmente el Ecuador es un Estado Constitucional de Derecho y de Justicia. Ahora ya no hay solo la justicia ordinaria de los jueces sino también la justicia constitucional y también la justicia indígena. En el Ecuador ya no tenemos un monoculturismo jurídico sino un pluriculturismo jurídico porque se reconoce a la justicia indígena. Sus sentencias tienen validez y producen el efecto de cosa juzgada. Esas personas juzgadas por la justicia indígena ya no pueden ser juzgadas por la justicia ordinaria (...). La justicia indígena tiene pleno valor, pero para que sea efectiva (...) supongamos que yo pertenezco a una comuna, pero yo ya no vivo en una comunidad, sino vivo en Riobamba, entonces ahí ya no me protege la justicia indígena porque para que me cobije la justicia indígena yo debo vivir en esa comunidad (Entrevista con Juez del Juzgado de lo Penal de Chimborazo, 14 de abril de 2011).

Sin embargo, al preguntarle acerca de los casos que este juez ha tenido que resolver en torno a la justicia indígena el panorama cambió totalmente, el discurso de lo escrito en la ley se relativiza a partir del análisis de sus interpretaciones y prácticas. De acuerdo con su testimonio:

En un caso de justicia indígena que me pidieron que yo no conozca, el caso en una comunidad que queda entre Punin y San Luis. Ya había sido juzgada por la justicia indígena, esa comunidad queda a diez minutos de aquí. Se trataba de una muchacha que había entrado en labor de parto y (...) el niño murió. Luego ella había ido a trabajar como que nada había pasado pero uno niños vieron el cadáver y ellos avisaron al presidente de la comuna para que vayan rápido y que los lobos no se coman al muerto. El presidente y las mujeres lo limpiaron y enterraron, entonces como no sabían el presidente de la comuna dijo que al día siguiente iba a traer a todas las mujeres para sacarles leche y determinar quién había estado embarazada. La muchacha asustada esa noche le avisó al papá y le dijeron al presidente de la comuna. Como los comuneros le bañaron y le ortigaron, ella alegó que ya había sido juzgada por justicia indígena. Sin embargo, nosotros no aceptamos, porque acogiendo lo que dice Zavala Baquerizo (1976), la justicia indígena tiene que aplicarse a los sectores más remotos de la civilización. Una tribu que viva a dos horas del oriente, a dos días en canoa, o donde no llegue civilización. Para esto está bien la justicia indígena; pero aplicarle a comunidades que quedan a cinco minutos es imposible. Más aún, dice este autor, cuando los indígenas ya han llegado a la presidencia con Antonio Vargas, cuando se declararon dictadores con Lucio Gutiérrez. Entonces es imposible aplicar la justicia indígena. Cuando los indígenas ahora tienen celulares por ejemplo, y están al tanto de todo (...). Entonces la justicia indígena es sólo para las personas que viven en lugares remotos de la civilización y no saben que matar es delito; es indudable que a ellos sí se les debe aplicar la justicia indígena. Por su ignorancia, por su aislamiento de la sociedad ellos mal

pueden saber que esa conducta en el Ecuador es un delito y merece una sanción penal; pero ahora, claro, los indígenas siempre alegan que ellos aplican la justicia indígena porque es preferible ortigarle expulsarle de la comunidad o que trabaje para la viuda o los hijos antes que esté preso (...). Pero ahí viene el problema del debido proceso, Ud. tiene derecho a un abogado, no tortura, Habeas corpus, etc. Pero ellos dicen que tienen su propio debido proceso (Entrevista con Juez del Juzgado de lo Penal de Chimborazo, 14 de abril de 2011).

Este testimonio muestra claramente que las interpretaciones de los funcionarios de justicia no son neutrales, sino que están mediadas por una subjetividad que responde a valores culturales y sociales específicos. Es interesante cómo este juez, al hablar de lo escrito en la Constitución, muestra un panorama po-

sitivo, su discurso es a favor de la justicia indígena y de la interlegalidad. Sin embargo, al enfrentarse con sus interpretaciones y prácticas acerca de este tema, este discurso alentador se cae debido a que no es independiente sino que está mediado por procesos históricos y coyunturas vigentes en la sociedad, en particular en torno a la inferiorización de los indígenas en el Ecuador. El juez, para argumentar las razones que le llevaron a no considerar como cosa juzgada un conflicto que ya fue resuelto por la comunidad, cita a Zavala Baquerizo, cuyos planteamientos acerca de la justicia indígena, escritos durante los setentas, son más importantes para el juez que lo normado en la Constitución. De ahí que el argumento acerca de la cercanía o lejanía de la civilización o el conocimiento o la ignorancia son considerados como argumentos válidos para desconocer lo juzgado por la comunidad indígena.

CONCLUSIONES

A partir de este análisis cabe una última reflexión que tiene que ver con los conceptos de igualdad y diferencia. Es importante citar a Santos cuando plantea el problema acerca de la forma en que se intenta superar el problema de la desigualdad en la actualidad.

Para él, el dispositivo ideológico de la lucha contra la desigualdad y la exclusión es el universalismo, una forma de caracterización esencialista que, paradójicamente, puede asumir dos formas en apariencia contradictorias: el universalismo antidiferencialista que opera por la negación de las diferencias, y el universalismo diferencialista que se da por la absolutización de las diferencias (Santos 2010, 7).

De acuerdo con este autor, la primera implica la homogenización y la segunda el relativismo. Así, el problema es que este universalismo homogeneizante dentro del Estado es, más bien, un particularismo universalizado, es decir “una especificidad (...) que consigue imponerse muchas veces por la violencia, frente a otras diferencias de otros grupos sociales y con esto logra universalizarse” (Santos 2010, 19), de ahí que los jueces, abogados y fiscales juzguen los

comportamientos de los indígenas desde su cultura mestiza y no desde la diferencia alterativa.

Para Santos conviene hacer una distinción de las diferencias, a saber porque hay diferencias que no inferiorizan sino que, al contrario, posibilitan, aunque suene paradójico, la igualdad. Así mismo me atrevo a pensar que hay igualdades que inferiorizan, me refiero a la igualdad como asimilación del otro al Yo, como plantea Levinás,⁶ que tiene que ver con la presunción de la existencia de grupos superiores e inferiores y que permite reproducir, otra vez paradójicamente, la desigualdad.

Roberto Saba, en su estudio sobre la igualdad ante la ley para el caso de Argentina, plantea que “el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas” (2010). Una verdadera igualdad, entonces, debe considerar una “lectura estructural de la igualdad ante la ley” (Saba, 2010), lo cual tiene que ver con las diferencias históricas entre grupos sociales que han favorecido a unos y puesto en desventaja a otros. Por tanto,

6. Para una reflexión más profunda véase: Levinás 1977 o Derridá 1987.

un nuevo objetivo de la igualdad ante la ley es el de “evitar la constitución y el establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos” (Saba 2010, 80).

De ahí que para hablar de una igualdad ante la ley en el país sea pertinente visibilizar las prácticas de desigualdad existentes, no en la ley, sino sobre todo en las prácticas de los funcionarios de justicia. En el caso analizado en Riobamba, es visible que las interpretaciones de los jueces no están divorciadas de las desigualdades existentes en la sociedad, que en este caso en particular tiene que ver con la inferiorización de los indígenas y su sistema de justicia. Desde este punto de vista, no es incoherente pensar que el juez haya dado más valor a un discurso fuera de la ley para validar sus decisiones, y no a lo escrito en la constitución.

Por tanto, ya no se puede ‘no hablar’ acerca del hecho de que tanto los principios constitucionales

como las leyes establecidas en los códigos no son entidades neutrales, éstas son resignificadas por los funcionarios de justicia. Por tanto, si son progresistas o no funcionales a los valores o prejuicios vigentes en la sociedad, los funcionarios buscan otros recursos para reproducirlos como muestra el caso de este juez en Riobamba.

En este contexto, una mayor igualdad ante la ley, paradójicamente pasa menos por la ley que por los cambios políticos, económicos y culturales de una sociedad. Los logros de las luchas de los movimientos sociales se ven ante la paradoja de un discurso escrito que responde a sus necesidades, pero ante una práctica jurídica que lo niega. Por tanto la conclusión es que lo escrito en las leyes, si bien es necesario, nunca es suficiente para lograr cambios verdaderos.

BIBLIOGRAFÍA

- Assies, Williem. 2001. La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos? *Alteridades*, 11(21).
- Assies, Willem, Van der Haar, Gemma y Hoekema, André. 1999. *El reto de la diversidad, Pueblos indígenas y reforma en América Latina*. México: Ed. Colegio de Michoacan.
- Baud, Michel; Kees Koonings; Gert Oostindie; Arij Ouweneel y Patricio Silva. 1996. *Etnicidad como estrategia en América Latina y el Caribe*. Quito: Abya-Yala.
- Bobbio, Norberto. 1993. El positivismo jurídico: lecciones de filosofía del derecho reunidos por el doctor Nello Morra. Madrid: Debate 1993.
- Bourdieu, Pierre. 2000. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Cervone, Emma. 1999. *Ecuador Racista. Imágenes e identidades*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Código de Procedimiento Penal, Legislación Conexa, Concordancias, Jurisprudencia. 2010. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de la Función Judicial. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República de Ecuador. 1998. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República de Ecuador. 2008. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- De la Torre, Carlos. 1996. *Racismo en el Ecuador: experiencias de los indios de clase media*. Quito: CAAP.
- Derridá, Jacques. 1987. Psyché: Invenções del otro. En AA.VV. *Diseminario. La desconstrucción, otro descubrimiento de América*. Montevideo: XYZ Editores.
- Díaz, Eduardo. 2009. El estudio sociopolítico de la ciudadanía: fundamentos teóricos. *Intersticios, Revista Sociológica de pensamiento crítico*, Vol 3, 1.
- Ferrajoli, Luigi. 2009. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- . 2008. *Democracia y garantismo*. Madrid: Ed. Trotta.
- . 2006. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Ed. BEFDP.
- Foucault, Michel. 1992. Nietzsche, la Genealogía y la Historia. En *Microfísica del Poder*. Madrid: Ediciones La Piqueta.
- García, Fernando. 2010. El proceso de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y la justicia ordinaria. *Ponencia presentada en el VII Congreso internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*. Lima-Perú del 2 al 6 de agosto de 2010.
- González, Francisco. 1979. *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. Limusa.
- Hollenstein, Patric. 2009. *La reproducción de la dominación racial*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Kelsen, Hans. 1988. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. UNAM.
- . 1972. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F: Ed. UNAM.
- Locke, John. 1980. *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Ed. Aguilar.
- Luhmann, Niklas. 1989. *Sistemas Sociales*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.
- Maquiavelo, Nicolás. 1998. *El príncipe*. Madrid: Alianza Editoria.

- Nader, Laura. 1998. Ideología armónica. *Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*. México: Instituto Oxaqueño de las culturas -Centro de Investigaciones y Estudios superiores en Antropología social.
- Prime Consulting. 2012. Encuestas sobre la percepción de la Justicia en el Ecuador. Ed. sn.
- Poole, Deborah. 2009. Justicia y Comunidad en los Márgenes del Estado Peruano. En *Repensando la Subalternidad*, Coord. Pablo Sandoval. Lima: IEP.
- Rivera, Freddy. 1999. Las aristas del racismo. En *Ecuador Racista. Imágenes e identidades*, Coord. Emma Cervone. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1972. *Emilio o de la educación*. México: Porrúa
- Saba, Roberto. 2010. (Des)igualdad estructural. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Salman, Ton. 2009. We Want a Democracy for Us. Representation and Democracy: Current Debates in Bolivia. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 87.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2010. Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- . 2003. *Crítica de la razón indolente*. Bilbao: Ed. DESCLÉE DE BROUWER.
- Sen, Amartya. 1999. La democracia como valor universal. Discurso pronunciado en el Congreso por la Democracia celebrado en Nueva Delhi (febrero de 1999). *Journal of Democracy*, vol. 10, 3. (julio): 3-17.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2002. Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales. En *Etnopolítica y Racismo: Conflictividad y Desafíos Interculturales en América Latina*, Ed. Vladimir Zambrano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Steele Commoger, Henry. 1980. *El imperio de la razón: teoría y realidad del Iluminismo*. Buenos Aires: Editorial Fraternal.
- Tiscornia, Sofía. 2004. *Burocracias y violencia: Estudios de Antropología Jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.
- Whitten, Norman. 1999. Los paradigmas mentales de la conquista y el nacionalismo: la formación de los conceptos de las razas y las transformaciones del racismo. En *Ecuador Racista: Imágenes e identidades*. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Yashar, Deborah. 2005. *Contesting Citizenship in Latin America*. Nueva York: Ed Cambridge University Press.
- Young, Iris Marion. 1990. *Polity and Group difference: a critique of the ideal of universal citizenship*. Londres.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2009. Dimensión política de un Poder Judicial democrático. En *La transformación de la justicia*, Ed. Santiago Andrade y Luis Ávila. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Zavala Baquerizo, Jorge. 1976. *El proceso penal ecuatoriano*. Guayaquil: Casa de la Cultura Ecuatoriana, núcleo del Guayas.