



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Escuela de Derecho

**“EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO
ECUATORIANO”**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República.**

Autora: Samantha Valeria Bermúdez Pozo

Director: Doctor Jaime Ochoa Andrade.

Cuenca, Ecuador

2010

A mi mejor amigo...

Eduardo Bermúdez Coronel.

Mi fortaleza e inspiración.

A toda mi familia...

por la magnitud tan grande con

la que comparten mi felicidad.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	ii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iii
RESUMEN	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL HECHO CULTURAL	4
1.1. Generalidades	4
1.2. Racionalidad Andina Vs. Racionalidad Occidental:.....	10
1.3. Pluriculturalidad y Monoculturalidad	13
CAPÍTULO II: LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA.....	17
2.1. Ámbito e Importancia	17
2.2. Enfoque específico en el estudio del Derecho.....	23
2.3. Las Pericias Antropológicas	26
2.3.1. Peritaje Cultural	28
2.3.2. Peritaje Jurídico-Antropológico.....	30
2.3.2.1 Elementos básicos para establecer y comprobar la existencia y vigencia de un sistema normativo interno en una comunidad:.....	31
CAPÍTULO III: EL REGLAMENTO DE APLICACIÓN. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS QUE FORMAN PARTE DEL ACTUAL DEBATE QUE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DEBE RESPONDER EN EL CASO DEL ECUADOR	33
3.1. Ruptura de la Teoría Clásica de la Identidad Estado-Nación y la Constitución de 1998 así como la vigente:	33
3.2. Rompimiento de la identidad Estado-Derecho y el reconocimiento de varios sistemas jurídicos dentro del mismo Estado:	37
3.3. Ruptura de la concepción de los pueblos indígenas como objetos de políticas dictadas por otros. Identidad cultural de los pueblos indígenas:.....	40
3.4. Ruptura de los conceptos tradicionales de democracia y la presencia de nuevas instituciones. Como la consulta, la participación y la representación de pueblos indígenas. Derecho de los pueblos indígenas y funciones jurisdiccionales:	47
3.4.1. Funciones Jurisdiccionales de los Pueblos Indígenas:	53

3.5. El cambio en la concepción tradicional de los Derechos Humanos: Definición monocultural e interpretación intercultural de los Derechos Humanos.....	56
CAPÍTULO IV: LA PLURALIDAD JURÍDICA	64
4.1. Conceptualización.....	64
4.2. Sistemas Jurídicos Plurales	66
4.3. Principios generales del derecho indígena	68
4.4. Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena	71
4.5. Jurisdicción Indígena	72
4.6. Competencia y territorialidad.....	75
4.6.1. El territorio	76
4.6.2. Las personas.....	78
4.7. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho de los Pueblos Indígenas.....	79
4.8. La Constitución de la República del Ecuador	82
4.9. Estudio del Título Octavo del Capítulo Tercero del Código Orgánico de la Función Judicial:.....	83
4.9.1. Ámbito de la Jurisdicción Indígena. Art. 343.	83
4.9.2. Principios de la Justicia Intercultural. Art. 344.	84
4.9.3. Declinación de Competencia. Art. 345.....	92
4.9.4. Promoción de la Justicia Intercultural. Art. 346.	93
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA.....	99
ANEXOS.....	107

RESUMEN

La Tesis "El Convenio 169 de la OIT y su Recepción en el Derecho Interno Ecuatoriano", se desarrolla a través de cuatro capítulos:

El primero, se refiere a la cultura, a la cosmovisión, al Derecho (normas objetivas), al ethos.

El segundo, estudia la Antropología Jurídica, la cultura y el poder, la importancia de distintas formas de regulación social.

El tercero, revisa elementos del debate de la Antropología Jurídica en el Ecuador.

El último, enfoca la pluralidad jurídica, el Derecho Indígena, Convenio 169 de la OIT, Constitución de la República, Código Orgánico de la Función Judicial y desarrollo del Derecho Indígena.

ABSTRACT

The thesis "Agreement 169 of OIT and its reception in Ecuadorian Internal Law" is developed in four chapters:

The first refers to the culture, the worldview, the Law (objective norms) and the ethos.

The second studies legal Anthropology, culture and power, and the importance of distinct forms of social regulation.

The third revises elements of the Legal Anthropological debate in Ecuador.

The final chapter focuses on legal plurality, Indigenous Law, Agreement 169 of the OIT, The Constitution of the Republic, the Organic Code of Judicial Function and development of Indigenous Law.

INTRODUCCIÓN

El movimiento indígena, desde hace varios años, viene sosteniendo la tesis del pluralismo étnico, cultural y jurídico. En efecto, reclama la revisión del modelo de Estado monocultural para cambiarlo, al menos en lo jurídico, en uno pluricultural. Las comunidades indígenas plantean ser respetadas, mantenerse y fortalecerse como pueblos distintos y autónomos. El Proyecto Político de la CONAIE en cuanto a su autonomía señala que "Es la capacidad de decisión y control propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en nuestros territorios en el orden administrativo, jurídico, político, económico, social y cultural con la existencia y reconocimiento de las autoridades propias en coordinación con las autoridades centrales. Ser autónomos o aspirar a serlo no significa el aislamiento, separación o rechazo a otros sectores de la población".

El principio de la pluralidad en lo jurídico se debe fundamentar a partir del hecho que muchas de las comunidades indígenas tienen un particular entendimiento y expresión del Derecho, en su cosmovisión (filosofía, solidaridad, reciprocidad, consenso, paridad) diversos pueblos deben tener diversos sistemas jurídicos, en adecuada convivencia, desde que existen diversos derechos y es necesario su mutuo reconocimiento. Cabe adicionar que su visión colectiva de lo jurídico no se concibe aisladamente sino como parte de toda la estructura social

La Constitución Política del Ecuador, en su art. 171, reconoce a las autoridades indígenas la facultad de ejercer funciones de justicia para la solución de conflictos internos "con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio", en reconocimiento precisamente a ese pluralismo. Pero vale señalar también que el legislador constituyente de 1998, dio inicio al cumplimiento del compromiso estadual contraído por el Ecuador con la suscripción del Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

El texto constitucional claramente prevé que los pueblos indígenas, culturalmente diferentes, que coexisten en el Ecuador están sujetos a diversos

ordenamientos jurídicos y con derecho a conservar sus instituciones y formas de organización social. En armonía con el Convenio, art. 8.2 en cuanto los pueblos indígenas y tribales “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”.

El Estado monocultural ha provocado distorsiones en los valores, tradiciones, instituciones, régimen familiar, social y económico de los pueblos indígenas, la aproximación intercultural en cuanto implica reconocimiento y respeto al derecho consuetudinario indígena, debe ser consecuencia del pluralismo cultural y jurídico.

La cultura indígena se proyecta en una especial forma de organización social, política y económica, es portadora de una estructura de pensamiento, de una filosofía y escala de valores totalmente diferentes de la cultura occidental. El Derecho Indígena regula políticas sociales (incluidas las de naturaleza penal) medioambientales, de biodiversidad, económicas (que incluyen el régimen de propiedad, uso de aguas, bosques), todo ello como parte de su derecho a la propia vida cultural.

En este contexto, cabe tener presente que, en los pueblos indígenas, la propiedad debe cumplir una proyección social y cultural a favor de sus miembros y no solamente de uno o pocos de ellos, la propiedad privada cede ante la propiedad comunal.

Es imperativo el Convenio (de la OIT) sobre este punto: “Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”, art. 17.

El fortalecimiento identitario de esos pueblos, su autonomía en base del mantenimiento de usos y costumbres propios, exige que sus problemas con connotación jurídica deban ser resueltos internamente por sus autoridades y con su propio ordenamiento, así lo reconocen, además, explícitamente los arts. 57.9, 57.10, 57.14, 60 y 171 de la Ley Fundamental.

Las familias culturales diferentes exigen reconocer su derecho consuetudinario. La reafirmación identitaria, el desarrollo lingüístico, la ampliación de los ámbitos de aplicación “permiten construir ciudadanía mediante el ejercicio

del derecho y permiten proteger a los indígenas de las arbitrariedades a las que han sido sometidos” (Nina Pacari Vega. Derechos Colectivos y de Indígenas en la Nueva Constitución Política. Ensayo, en La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano, p. 116. Corporación Editora Nacional. Quito. 2004).

CAPÍTULO I

EL HECHO CULTURAL

1.1. Generalidades

El término cultura proviene del latín "cultus" que deriva de la voz "colere" que significa cuidado del campo o del ganado. Con el pasar del tiempo el término fue adquiriendo una connotación simbólica, como el cultivo de cualquier facultad. Y en lo posterior, como cultura se entenderá la formación de la mente.

Según Cabanellas cultura es la "amplitud del conocimiento y del saber como resultado del estudio, del trato social, de viajes y de otras fuentes de vida y relaciones.¹"

Rousseau, manifestó que la cultura es un fenómeno distintivo de los seres humanos, que los coloca en una posición diferente a la del resto de animales. La cultura es el conjunto de los conocimientos y saberes acumulados por la humanidad a lo largo de sus milenios de historia.

En el contexto de la Ilustración se comprende a la cultura, como sinónimo de civilización. Esta palabra significaba la refinación de las costumbres, es un término relacionado con la idea de progreso. Un estado de la humanidad en el cual la ignorancia ha sido abatida y las costumbres y relaciones sociales se hallan en su más elevada expresión. La civilización no es un proceso terminado, es constante, e implica el perfeccionamiento progresivo de las leyes, las formas de gobierno, el conocimiento.

¹ CABANELLAS. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Buenos Aires. Editorial Heliasta. Tomo II. P. 447.

Collingwood ha definido cultura como: todo lo que una persona necesita saber para actuar adecuadamente dentro de un grupo social.

Radcliffe-Brown (1975) señala que la función más importante de las creencias y prácticas sociales es la del mantenimiento del orden social, el equilibrio en las relaciones y la trascendencia del grupo en el tiempo.²

Actualmente se considera a la cultura como el conjunto total de los actos humanos en una comunidad dada, ya sean éstos prácticas económicas, artísticas, científicas, etc.

“La cultura es el conjunto de todas las formas, los modelos o los patrones, explícitos o implícitos, a través de los cuales una sociedad regula el comportamiento de las personas que la conforman. Como tal incluye costumbres, prácticas, códigos, normas y reglas de la manera de ser, vestimenta, religión, rituales, normas de comportamiento y sistemas de creencias. Desde otro punto de vista se puede decir que la cultura es toda la información y habilidades que posee el ser humano”³.

La Unesco, en 1982, declaró:

“...que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus

² BROWN, Radcliffe y COLLINGWOOD.

Citados en: es.wikipedia.org/wiki/Cultura.

³ Ref: es.wikipedia.org/wiki/Cultura.

propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden".⁴

El hombre siempre busca encontrar una explicación de las cosas y de los fenómenos naturales y sociales, su acción se dirige hacia el medio en el que se desarrolla, creando instrumentos necesarios para vivir y transformando constantemente todo lo que le rodea. El ser humano transmite todos sus conocimientos, ideas, creencias y valores que ha adquirido, es una manera de trascender en el tiempo, de legar a las futuras generaciones de todo aquello que ha creado.

La racionalidad es el medio por el cual el hombre busca garantizar y adecuar sus creencias y acciones a la realidad, darle una base segura que le permita tener razones válidas para justificar dichas creencias; que exista una aceptación general, común entre los hombres de determinadas comunidades sociales, y que signifique el reconocimiento de la explicación de sus acciones en la realidad.

La racionalidad se vincula por tanto con la realidad y con el sistema de creencias que el hombre ha establecido y con las acciones de este con relación a la realidad.

La racionalidad ha existido en todas partes, es una condición inherente al hombre y a las sociedades; a pesar de que haya pueblos en diferente grado de desarrollo, o tribus aún en estado nómada, comunidades aisladas, etc. no se niega la existencia de una racionalidad en cada una de ellas. Así, una tribu

⁴ UNESCO, 1982. "Declaración de México sobre las Políticas Culturales". Conferencia Mundial. P. 1.

tiene una racionalidad propia: sus creencias, valores y normas sociales, basadas en símbolos, elementos mítico-religiosos que le permite su sobrevivencia⁵.

Max Weber analiza a la racionalidad y fundamenta su carácter universal, basado en el desarrollo científico y tecnológico de occidente. Sostiene que la sociedad tradicional explicaba el mundo y los fenómenos a través de mitos e interpretaciones falsas, imágenes religiosas; mientras que la moderna sociedad logra romper con todos estos elementos y los sustituye con la ciencia, la investigación, haciendo posible que la sociedad europea burguesa expanda su economía, los medios de dominación política, la cultura, las instituciones administrativas y burocráticas del Estado y el derecho mismo.

Todos estos factores, significan el inicio de la ciencia y lo que existió anteriormente eran conocimientos empíricos, una suerte de meditación sobre los problemas del mundo y de la vida.

Weber parte de la idea que existe una racionalidad que nace a partir del desarrollo del actual Estado moderno, que con los grandes avances tecnológicos y científicos abrió nuevas puertas al conocimiento humano y a la vez a la comunicación entre pueblos y regiones por medio del comercio. La cultura occidental fue expandiéndose y con ella todos los conocimientos adquiridos. La filosofía, economía, política, sociología y las ciencias como la biología, física, astronomía, matemáticas, etc. cobraron un gran impulso,

⁵ VILLORO, Luis. UNMSN. La Racionalidad Andina en el Sistema Jurídico Peruano. En: "Aspectos Generales de Tesis para optar el Título de Abogado". Lima. Noviembre 1997. P. 32.

siendo posible pensar que la sociedad y la naturaleza podrían ser controladas y dirigidas.

Este racionalismo es una característica propia de occidente, pero que a la vez no niega la existencia de otras racionalidades y que su desarrollo está unido también a la organización del Estado y a un Derecho que lo justifica y ampara a través de una técnica jurídica.⁶

Tradicionalmente se entendió a la racionalidad como la contraposición de un sistema de creencias frente a otras, desvalorando a las que figuraban como culturas subordinadas a la tutela de los Estados más poderosos, siendo "irracional" todo aquello que no formara parte o se hallare justificado por éstos Estados.

Al existir sectores sociales que se caracterizan por resolver de manera consuetudinaria los conflictos propios de su entorno; y debido a que el ordenamiento legal oficial ha buscado una solución siempre desde una perspectiva occidental, sin tomar en cuenta la pluralidad cultural de nuestra sociedad, se ha negado la existencia de una racionalidad.

Nuestro sistema jurídico estatal, no ha sido asimilado ni incorporado por sectores sociales que poseen sus propias formas de control social, por varias razones; por una parte porque se han desarrollado a través de la historia en forma particular; por otro lado porque frente a la ineficacia de los órganos jurisdiccionales del Estado, acceder a la lógica de su ordenamiento legal ha significado que sus derechos hayan sido conculcados y sus pedidos de justicia

⁶ WEBER, Max. "La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo". Ediciones Tiempos Nuevos. Lima, 1980. p. 5.

desconocidos. Algunos denominan a sus normas como simple costumbre, desconociendo su sistema normativo, la existencia de un Derecho.

Al referirnos al derecho consuetudinario hacemos alusión a que el Estado no es el que produce la norma ni la reconoce, sino que es la colectividad específica quien le otorga el carácter consensual y de aceptación social.

La formación del derecho consuetudinario proviene del desarrollo de los pueblos, que a través de su historia han dado origen a normas sociales, como los usos populares y las costumbres, siendo su finalidad preservar el orden social, mediante la justificación racional de un sistema de creencias.

La comunidad andina por tanto, como forma de organización social aún perdura y su esencia de colectividad, adquirida a través de su historia, aún se mantiene. Las conductas contrarias a su orden y control son sancionadas sobre la base de las experiencias adquiridas, es decir sus costumbres y tradiciones, pero en forma de sanción organizada, racionalmente, de acuerdo a su propia realidad.

La tradición y costumbre se ha sustentado también del derecho oficial, incluso no sería extraño que algunos principios procesales de juzgamiento puedan ser práctica antigua y usual en estos pueblos.

Por tanto, han existido interacciones entre el derecho oficial y el derecho indígena, pero cuando esto se ha producido, el derecho consuetudinario andino se ha encontrado en una situación de subordinación y monopolio por parte del Estado⁷.

⁷ VILLORO, Luis. Op. Cit. P. 36.

1.2. Racionalidad Andina Vs. Racionalidad Occidental:

En Occidente, el concepto de "razón" tuvo su origen mítico, se identificó con algo divino y sobrehumano, en el que el ser humano participa. Posteriormente adquirió su racionalidad.

"Racionalidad" es una concepción abstracta, no se limita al imperio de la razón; pues el mito tiene su propia racionalidad. Racionalidad es un "cierto modo de concebir la realidad"; una "manera característica de interpretar la experiencia vivencial"; un "esquema de pensar"; una "forma de conceptualizar nuestra vivencia"; un "modelo (paradigma) de representar el mundo". Es el producto de un esfuerzo integral (intelectivo, sensitivo, emocional, vivencial) del hombre para ubicarse en el mundo que le rodea. Una cierta experiencia interpretada, valorizada y ordenada mediante parámetros propios del modo de vivir.

La racionalidad de una cierta época, cultura o etnia se manifiesta en el conjunto de los "fenómenos prácticos" o "pragmáticos" de sus miembros.

A través del concepto de "paradigma" y de "cambios paradigmáticos" podríamos entender lo que es "racionalidad"; entonces pues es un paradigma o modelo característico de un cierto grupo, dentro del cual las múltiples expresiones de la vida tienen una explicación coherente y significativa.

Para la filosofía occidental la realidad se manifiesta a través del "concepto"; en la filosofía andina la realidad está presente en forma simbólica, y no tanto de manera conceptual.

Desde el punto de vista occidental, esta manera de concebir la realidad, es calificada como "mágica". La racionalidad andina no es "mágica" en un sentido técnico de la palabra. El hombre no se apodera de la realidad para su posterior manipulación, sino la realidad se sirve del hombre para su presencia intensificada.

El símbolo predilecto de occidente es la palabra, la "realidad" se representa especialmente a través del código lingüístico. La realidad, además de lógica y perceptible, es también lingüística y leíble. Para la filosofía andina, la realidad ni es lógica ni lingüística, sino simbólicamente presente. La realidad está presente como símbolo; como un complejo de signos concretos y materiales que se refieren mutuamente unos a otros.

Para la filosofía andina el "concepto" es posterior; el runa (hombre andino) no representa al mundo; lo hace presente simbólicamente a través del ritual y la celebración. Lo conoce vitalmente.

En la tradición occidental, la individualidad y la autonomía del ser humano son rasgos eminentemente importantes. El hombre particular no es solamente el sujeto de la responsabilidad ética, sino el eje principal del conocimiento y hasta el punto constitutivo del mundo.

Para la filosofía andina, el individuo como tal no es "nada", es algo totalmente perdido si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones; una persona aislada es un ente muerto. Cuando recorro en mi pensar, actuar y juzgar sólo a mí mismo, porque soy suficiente fundamento y norma, entonces "ya no soy".

En el marco de la filosofía andina la fuerza vital de todo lo que existe es la relacionalidad del todo, la red de nexos y vínculos.

La filosofía y cultura occidentales son "visuales", lo podemos comprobar plasmados en los medios visuales de comunicación, bibliotecas, etc. La razón es la manera más adecuada de "ver" la realidad tal como es, y de captarla en concepto.

La filosofía andina, destaca las facultades no-visuales en su acercamiento a la realidad. El runa "escucha" la tierra, el paisaje y el cielo; él "siente" la realidad mediante su corazón.

La sensibilidad y sensibilidad andinas no dan preferencia al "ver" y por lo tanto, la racionalidad cognoscitiva no es en primer lugar "teórica" sino más bien emocio-afectiva. El acceso privilegiado del hombre andino a la "realidad", no es la razón, sino una serie de capacidades no racionales; desde los sentidos, sentimientos y emociones; hasta las relaciones "parapsicológicas" (presentimientos). El runa siente la realidad más que la conoce o piensa.

En occidente la ciencia es el medio más efectivo a la "realidad", para muchos reemplaza a la religión y a la ética. El paradigma occidental de la ciencia ha sido cuestionado por los mismos científicos como un "mito englobante" de la cosmovisión occidental. La filosofía postmoderna replantea esta concepción relativista de la ciencia, al reivindicar otros modelos de acceso a la "realidad"; como el mito, la religión, el sentimiento, la celebración y el arte.

La racionalidad occidental es una manera abstracta de comprender la realidad. La ciencia es una representación lógica de la realidad mediante el concepto.

La racionalidad andina no tiene una concepción racionalista de la ciencia, sino que considera el saber como el conjunto de la sabiduría colectiva acumulada y transmitida a través de generaciones en forma oral; mediante narraciones, rituales, cultos, costumbres. El saber no es producto de un esfuerzo intelectual, sino el resultado de una experiencia vivida.

La ciencia andina se fundamenta sobre todo en los argumentos de autoridad (peso de los ancianos), de antigüedad (peso de la tradición), de frecuencia (peso de la costumbre) y de coherencia (peso del orden)⁸.

⁸ SÁNCHEZ PARGA, José. "Filosofía y Racionalidad Andina". Centro Andino de Acción Popular. Primera Edición. Quito, 1993.

Todo cuanto existe en el mundo andino es vivo. No sólo el hombre, los animales y las plantas sino también las piedras, los ríos, los cerros. En el mundo andino no existe algo inerte: todo es vivo. Igual que nosotros todos participan en la gran fiesta que es la vida: todos comen, todos duermen, todos danzan, todos cantan: todos viven a plenitud.

En el mundo andino no hay poderosos ni autosuficientes. Todos nos necesitamos los unos a los otros para vivir. En los Andes no existe el mundo como totalidad integra diferente y diferenciada de sus componentes⁹.

1.3. Pluriculturalidad y Monoculturalidad

La política actual del Estado respecto de los pueblos indígenas se caracteriza por ser integracionista. No se pretende desaparecer estas culturas integrándolas a la cultura nacional, sino que sus culturas se desarrollen con base en el respeto a la pluralidad cultural.

Siendo nuestra cultura occidental, ha creado asimismo un derecho donde predomina este pensamiento, el cual ha destruido las concepciones y prácticas culturales indígenas.

El principio de igualdad jurídica no reconoce las desigualdades económicas y culturales, de manera que el Estado, impone su idioma, procedimiento y sanciones. Consideramos que sólo a través del derecho del Estado y de sus tribunales podrán resolverse los conflictos. De manera que el derecho consuetudinario propio de las culturas jurídicas indígenas no es respetado.

⁹ Ref: http://www.wanamey.org/articulos/cosmovision_andina.htm. Perú, 2002.

El respeto a la cultura de un pueblo, abarca no sólo el reconocimiento de su idioma, religión, educación, sino también su derecho a respetar su propio sistema de normas.

El Estado frente a los pueblos indígenas, aún mantiene una actitud paternalista y, como consecuencia de ello, el carácter de sometimiento e indefensión de los grupos indígenas.

Si se deja de lado esta actitud tutelar por parte del Estado, y se garantiza el libre ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria, el Estado como forma de organización política monocultural se habrá transformado.

A partir del reconocimiento constitucional del pluralismo cultural, sustentado originalmente en los pueblos indígenas, se establecen las bases para la construcción del Estado pluricultural de derecho.

Un Estado pluricultural, implica la sociedad políticamente organizada que se desenvuelve con instituciones cuya integración y funcionamiento corresponde a la diversidad de culturas existentes. De manera que, un derecho pluricultural, hace referencia a que los órganos creadores y aplicadores de las normas se desarrollan integrados con representantes de las diferentes culturas y funcionan, con base en principios constitucionales de la pluriculturalidad¹⁰.

Según Catherine Walsh, la pluriculturalidad implica el reconocimiento por parte de los Estados de la diversidad étnica y cultural. Asimismo, señala que en el Ecuador este reconocimiento oficial es, en mayor parte, reflejo y resultado de las luchas y demandas del movimiento indígena, de sus procesos de

¹⁰ Ref: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art8.htm>. México, 1994.

fortalecimiento identitario como actores sociales, políticos y culturales y de su cuestionamiento de los modelos existentes de ciudadanía, democracia, Estado y Nación.

Desde el punto de vista del movimiento indígena, lo pluricultural implica el fortalecimiento de lo propio al frente de las otras culturas.

La misma autora revela que la pluriculturalidad oficializada se desarrolla alrededor del establecimiento de derechos, políticas y prácticas institucionales que reflejan la particularidad de las "minorías".

Mientras que la multi o pluriculturalidad parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido; la interculturalidad, en la manera propuesta por el movimiento indígena, se centra en la transformación de la relación entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas así como por políticas públicas.

El pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas¹¹.

Raquel Yrigoyen Fajardo considera una gran innovación el reconocimiento del carácter multicultural de la nación y del Estado que han consagrado varias Constituciones de los distintos países latinoamericanos a partir del último

¹¹ WALSH, Catherine. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, N°. 36, marzo de 2002.

decenio del siglo pasado; pues deja de considerarse el derecho a la diversidad cultural como un asunto de "minorías"; y pasa a ser un derecho de todos dentro de un modelo de "ciudadanía multicultural". El reconocimiento del derecho consuetudinario y el establecimiento de la jurisdicción especial, instaura un modelo de pluralismo legal interno bajo el marco de los derechos humanos.

De otro lado sostiene, que fundar un Estado Pluricultural implica el reconocimiento y vigencia de un conjunto de derechos económicos y políticos de los pueblos indígenas, que les den una base material para su desarrollo, en el marco de su propia identidad cultural.

Un Estado Pluricultural es un Estado en el que el poder está distribuido y no concentrado ni centralizado. El reconocimiento de este modelo de participación en el poder es la base para la democracia dentro de un esquema plural.

Yrigoyen señala que "El razonamiento judicial utilizado para negar el pluralismo legal tiene como substrato una concepción monista del Derecho, supone una valoración despectiva de los campesinos e indígenas (como violadores de derechos humanos) y convalida una actitud política autoritaria y represiva. El carácter monista de la cultura judicial nacional constituye un freno para la implementación y desarrollo del pluralismo legal y de un modelo de Estado Pluricultural. Por ello, entre los desafíos para construir un modelo de Estado Pluricultural, el cambio de la cultura legal y del comportamiento judicial tienen suma importancia. Es necesario generar una doctrina pluralista y un marco judicial para su aplicación"¹²

¹² WALSH, Catherine. Ponencia presentada en el "Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena", Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Febrero de 2002.

CAPÍTULO II

LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

2.1. Ámbito e importancia

Los Estados al incorporar en sus textos constitucionales y legales el reconocimiento de los sistemas normativos y de las formas de justicia existentes en las sociedades indígenas que habitan sus territorios nacionales, se plantean el reto de la construcción de una justicia plural que tome en cuenta la diversidad cultural, entendida en sus diferentes manifestaciones (lengua, costumbres, sistemas normativos, costumbres jurídicas, derechos consuetudinarios).

En este contexto, el juez es el actor central del sistema político y jurídico; desplazando la figura tradicional del legislador. Toma el papel de mediador entre la dimensión interna del derecho y su dimensión externa; es decir entre la sociedad y el derecho¹³.

Los procesos judiciales que se llevan a cabo en el medio indígena, se caracterizan por el conflicto cultural, que se expresa en la aplicación de la violencia simbólica del derecho en el procedimiento judicial; esto implica la imposición de conceptos y procedimientos jurídicos sobre los usuarios del Derecho.

El conflicto se manifiesta especialmente cuando aquellos constituyen una población indígena que puede presentar índices de analfabetismo y monolingüismo, como ocurre en diversas regiones indígenas del país, ya que tienen que realizar declaraciones judiciales en una lengua que no es la suya, y

¹³ LACHENAL, Cécile. Las pericias antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Ensayo, en "Hacia Sistemas Jurídicos Plurales". Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá 2008. P. 188.

muchas veces sin contar con la presencia de un traductor. A esto debemos agregar el hecho de que en los procesos judiciales a indígenas se manifiestan concepciones racistas y discriminatorias por parte de los funcionarios judiciales¹⁴.

Según Cabanellas la antropología es la "ciencia que estudia al hombre como individuo, en su conjunto de elementos físico-morales, y también como grupo o especie dentro de la escala zoológica. Constituye, así, la ciencia del hombre..."¹⁵

El estudio del hombre como especie y el de sus obras y relaciones permite un doble enfoque: el de la Antropología Física (biología humana, antropometría y biometría) y el de la Antropología Sociológica o Etnológica (antropología social, cultura, arqueología, etnografía y psicología racial)¹⁶.

La Antropología Física comprende el estudio del hombre en su esencia biológica, como la naturaleza de las diferencias raciales, la transmisión de rasgos somáticos de una generación a otra, crecimiento, desarrollo y decrepitud del organismo humano, y las influencias del ambiente natural sobre el hombre.

Mientras que, la Antropología Cultural se dedica al estudio de los procedimientos ideados por el hombre para enfrentarse a su medio natural y a

¹⁴ CHENAUT González, Victoria. "Género y Justicia en la Antropología Jurídica en México". Papeles de Trabajo N°. 15. Argentina. Diciembre 2007. P. 49.

¹⁵ CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. P. 313.

¹⁶ CABANELLAS. Op. Cit. P. 314.

su ambiente social; el aprendizaje, conservación y transmisión de sus costumbres¹⁷.

En sus inicios la antropología nació vinculada al campo de la jurisprudencia y la medicina. Con su posterior desarrollo, la antropología tomó su propio cauce; y luego nuevamente se aproximó al campo de la subdisciplina de la antropología política, que estudia el dominio de la cultura y el poder; dentro de la cual también forman parte los temas concernientes a la antropología jurídica¹⁸.

El fundador del moderno derecho laboral alemán, Sinzheimer, nos proporciona una pista para establecer una línea cultural de estudio de los sistemas de las leyes: "la organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que tal sistema tiene del ser humano. La correspondiente imagen del ser humano es el secreto regulador de cada sistema de derecho". Esta es una posición netamente antropológica, y se puede hablar aquí de una antropología del derecho¹⁹.

¹⁷ ESPINOZA Altamirano, Walter. "El genoma humano y sus implicancias jurídico penales dentro de la antropología jurídica". Tesis maestría en Derecho. Mención Ciencias Penales; en "Tesis digitales UNMSN" Lima. 2003. P. 1 y 4.

¹⁸ GARCÍA, Fernando. Estado de la cuestión de la antropología jurídica en Ecuador. Ensayo, en "Constitución y Pluralismo Jurídico". Tomo 4. Quito 2004. Corporación Editora Nacional. Fernando Flores Giménez. Coordinador. P. 28.

¹⁹ KORSBAEK, Leif. La Antropología y el estudio de la Ley. Ensayo, en "Ciencia Ergo Sum". Revista Científica Multidisciplinaria de la Universidad Autónoma del Estado de México. Marzo 2002. Volumen 9. P. 51.

La antropología jurídica al igual que cualquier subdisciplina, es una figura específica creada para la captación de la realidad social. Por tanto, el estudio de los fenómenos jurídicos sirve como un acercamiento específico al todo social.

Esteban Krotz sugiere que “una antropología del derecho no tiene por qué limitarse a ser una subdisciplina que se ocupa únicamente de un reducido campo de fenómenos particulares –los estrictamente jurídicos- sino que se le podría comprender como un enfoque, a través del cual los estudiosos se acercan al análisis de la sociedad en su conjunto; es decir, que se usa el estudio de los fenómenos jurídicos –normas, instituciones, sanciones, procesos judiciales y universos simbólicos asociados a éstas prácticas y estructuras- como un acercamiento específico al todo social”.

Andrea Meraz, citando al mismo autor señala que existen tres campos de estudio de la antropología jurídica: el campo del derecho comparado; el derecho como mecanismo de control social; y el campo del derecho y la ideología. Sin embargo esta disciplina también se encarga del estudio del derecho primitivo, el pluralismo jurídico, las diferencias del derecho entre las sociedades modernas y las tradicionales, el derecho consuetudinario, la relación entre el derecho oficial y los sistemas jurídicos indígenas, entre otros²⁰.

A través de la Antropología Jurídica, dentro del desarrollo del Derecho, se busca una mejor aplicación y creación de las normas jurídicas; de manera que sean más justas y equilibradas; es decir que no generen reacciones o su

²⁰ MERAZ, Andrea. Comentario del libro “Sobre Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el estudio del Derecho de Esteban Krotz”. Julio 2005. P.186.

cumplimiento no se convierta en un esfuerzo penoso como sucede actualmente con muchas normas de nuestra legislación.

La Antropología Jurídica como ciencia reguladora del Derecho en la orientación humanista, busca mejorar la justicia, la paz social y la armonía dentro de una sociedad; estudiando los sistemas normativos de control social que conforman cualquier sociedad, especialmente el sistema jurídico, así como los objetivos y funciones que tiene el derecho en la satisfacción de las necesidades humanas y sus aspiraciones sociales.

Tiene la necesidad de comprender tanto la naturaleza del derecho como la naturaleza humana. Considerando que todo orden jurídico se fundamenta en norma, y ésta proviene de la naturaleza del hombre, no podemos entender la ciencia jurídica sin la intervención del estudio de la antropología. El derecho como ciencia que estudia las normas tiene el objetivo de servir al hombre con el fin de lograr su felicidad, requiriendo la colaboración de otras ciencias como la antropología, la sociología, la psicología, etc.²¹

En todas las definiciones variadas que existen de la antropología; concurren tres elementos que se repiten, de manera que puedan considerarse como el denominador común de la antropología como disciplina:

- La sistemática atención a la alteridad (la existencia de un mundo diferente del que envuelve nuestra vida cotidiana).
- La producción de datos empíricos por medio del trabajo de campo.
- La aspiración holística.

²¹ Ref: http://es.wikipedia.org/wiki/Antropolog%C3%ADa_jur%C3%ADdica. P.1.

Todo trabajo de campo se puede dividir en tres etapas:

- El sondeo: A través del cual llegamos a un conocimiento general de las condiciones de vida y el entorno físico de un grupo de personas; y es precisamente en esta etapa donde sobresalen los conflictos.
- La etnografía social: Donde se estudian las formas conscientes de evaluar las condiciones, y las formas políticas, las formas de control social.
- La etnografía cultural: Se estudian los valores que frecuentemente actúan a nivel del inconsciente. El conocimiento cultural requiere más tiempo, para llegar a ser lo suficientemente sólido; y poder estimar las motivaciones que los mismos nativos no llegan a apreciar²².

La antropología jurídica es eminentemente comparativa; por ello es necesario establecer algunos elementos fundamentales:

a) El marco comparativo: puede ser histórico, temático o geográfico. Toda comparación implica usar un modelo que defina claramente los elementos y sistemas comparados, los ejes de comparación, el tipo de formulaciones y sus resultados.

b) El objeto de comparación: el objeto hace referencia a los sistemas jurídicos y sus diversos elementos, considerando siempre la función del derecho en las sociedades comparadas.

²² KORSBAEK, Leif. Op. Cit. P. 55.

c) La naturaleza de la comparación: se trata de la parte más compleja, pues su dificultad se acrecienta debido a la heterogeneidad de los modelos jurídicos comparados²³.

Todos los pueblos, por más “primitivos” y “salvajes” que parezcan tienen “cultura” y el mismo potencial de desarrollo que los altamente evolucionados, señala el autor Fernando García; así mismo explica que por más caóticas que sean sus costumbres y más grotescas que sean sus ideas, vistas bajo la óptica occidental, la vida individual y colectiva de estos pueblos está regida por algún tipo de orden y control social.

Los usos y costumbres que tienen que ver con el mantenimiento del orden social no son estáticos, se transforman y son continuamente creados e inventados²⁴.

2.2. Enfoque específico en el estudio del Derecho

La antropología es la ciencia especializada en las otras culturas, constituye la ciencia que estudia todos los fenómenos sociales. Es una ciencia social crítica; pues estudia cualquier rasgo cultural, acción social, institución o proceso histórico como algo que existe de modo diferente a lo habitual.

Ha surgido en la antropología, el interés por estudiar la relación entre las leyes vigentes en una sociedad dada y las demás instituciones que existen

²³ AVALOS Magaña, Sergio y MADRIGAL Martínez, César. Hacia una antropología jurídica de la modernidad. Artículo, en “Episteme” No. 6 Año 2, Octubre-Diciembre 2005. Universidad del Valle de México. P. 5. Ref: www.uvmnet.edu/investigacion/episteme/...05/.../Antropología.doc

²⁴ GARCÍA, Fernando. Op. Cit. P. 28.

en la misma sociedad; interés que la antropología comparte con la jurisprudencia.

La antropología se dedica principalmente y por tradición, aunque no exclusivamente, al estudio de las sociedades no occidentales; el estudio del Derecho ha nacido y se ha desarrollado dentro de una sola tradición social y cultural, sin ninguna obligación de tomar en cuenta la existencia de otras tradiciones sociales y culturales. Para la antropología y los antropólogos, el etnocentrismo es una deficiencia; para los jurisperitos es una situación normal²⁵.

La antropología jurídica comprende dos términos: las reglas y el conflicto.

La esfera de las leyes comprende el reconocimiento y tratamiento teórico y práctico de los conflictos sociales básicos de una sociedad. El campo del Derecho no es únicamente el campo del control social; es el campo de las disputas, que termina en triunfos o derrotas de miembros de los distintos grupos sociales.

La existencia del conflicto está aceptada como una parte inevitable del funcionamiento social. Aparece a nivel individual con el nacimiento, donde debemos aprender a vivir haciendo uso de varias estrategias de supervivencia.

Otro concepto importante, dentro del estudio de la antropología, es el de la cultura. Fernando García establece tres elementos culturales válidos para el estudio del derecho:

²⁵ KORSBAEK, Leif. Op. Cit. P. 52.

- La multiplicidad de prácticas e ideas jurídicas, conductas y normas legales de las sociedades que estudia.
- El carácter interpretativo de la antropología de las significaciones que están más allá de los fenómenos jurídicos y que son expresadas por los distintos actores sociales que forman parte de la aplicación del Derecho.
- Todo sistema de normas tiene un origen histórico; es por ello menester analizar el proceso de aprendizaje de los miembros de cada cultura; así como el proceso de cambios y modificaciones del sistema de normas²⁶.

Max Gluckman en su libro "¿Qué es la Ley? Problemas de Terminología", trata sobre la falta de estudios de la ley indígena, y la falta de precisión de cualquier lengua vernacular: "Puesto que nuestras palabras para designar la ley y fenómenos parecidos están ya cargados de significados –y por cierto ambiguos- los estudiosos de las sociedades tribales tropiezan con dificultades tan pronto como tratan de aplicar estas palabras a las actividades de otras culturas", y una de las palabras más particularmente invadida de imprecisión semántica es la ley²⁷.

²⁶ GARCÍA, Fernando. Op. Cit. P. 31-32.

²⁷ GLUCKMAN, Max. Citado por KORSBAEK, Leif. Op. Cit. P. 53.

2.3. Las Pericias Antropológicas

A partir de la década de los 80, los investigadores se han propuesto recuperar la tradición de realizar trabajo de campo antropológico y de indagación en archivos judiciales. La observación por parte de los estudiosos ha permitido obtener información acerca de los estándares de uso de los juzgados por parte de los beneficiarios, de las interacciones que se producen entre éstos y los funcionarios judiciales, de la violencia simbólica del Estado que se ejerce en el acto judicial; así como de los mecanismos que se utilizan para conciliar y solucionar los conflictos.

Las fuentes judiciales permiten visualizar las dinámicas del proceso judicial, por el que recorren hombres y mujeres desde las comunidades rurales hasta los más altos tribunales, en los que es posible apelar una sentencia del juez o solicitar un amparo contra actos de la autoridad.

Dentro de las comunidades rurales predominan los procedimientos conciliatorios que llevan a cabo las autoridades, que por lo general son miembros de la comunidad, a través de juicios orales. Estos juicios se realizan en forma pública y resuelven conflictos provenientes de delitos menores, buscando la conciliación de las partes, en procesos en los que se ponen en juego los valores, normas y costumbres del grupo.

Los archivos judiciales se caracterizan porque su método está definido por el Derecho estatal, que impone conceptos y categorías jurídicas. Sin embargo, los antropólogos jurídicos han buscado comprender esta información a través de la etnografía que proporciona el trabajo de campo, tomando en consideración los contextos sociales y culturales²⁸.

²⁸ CHENAUT Victoria. Op. Cit. P. 53 y 54.

Las pericias que manifiestan interés y utilidad en los procesos judiciales que involucran a pueblos indígenas son de dos clases: la pericia cultural y la pericia jurídico-antropológica.

El peritaje cultural es muy útil para el defensor, cuando la conducta de su defendido puede explicarse por el entorno cultural al que pertenece.

Por otra parte, el peritaje jurídico-antropológico es la prueba eficaz para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta, cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico en el cual los sistemas normativos indígenas difieran del Derecho estatal. No se juzga a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser portador de una cultura creada y sostenida por una colectividad, y, ser sujeto de un sistema normativo propio.

No obstante, no siempre se solicita un peritaje cultural o jurídico-antropológico en los casos en los que los indígenas se encuentren involucrados en un proceso judicial; pues no todos los litigios se relacionan con una circunstancia cultural o normada por la comunidad. Así por ejemplo, un delito contra la salud que implique tráfico comercial de drogas no responde a ninguna práctica propia y normada de la comunidad; lo más probable es que dentro del ámbito comunitario dicha conducta se encuentre prohibida. En cambio, cuando el uso de psicotrópicos se relaciona con un evento ceremonial, ritual o curativo, debe considerarse el componente cultural. Por lo tanto, el Derecho debe contemplar la variabilidad cultural y las nociones que una comunidad tiene sobre lo permitido y lo prohibido²⁹.

²⁹ LACHENAL Cécile. Op. Cit. P. 189.

2.3.1. Peritaje Cultural

Constituye prueba en los procesos en que se juzgan personas que no participan de la cultura juzgante. Forma un puente entre la forma de ver y entender la realidad del tribunal y la del indígena procesado.

Generalmente el Ministerio Público, abogados y jueces razonan y argumentan respondiendo a patrones culturales e ideológicos del mundo occidental. En consecuencia, les es muy difícil comprender la forma de vida de estos pueblos, que se rigen por una cosmovisión propia de su etnia³⁰.

El Peritaje Cultural surge como una institución dentro del Derecho occidental, como consecuencia del movimiento constitucionalista, el cual se ha basado en la protección de los Derechos Humanos; y también como producto del interés internacional de proteger la diversidad cultural a través de los diferentes tratados y convenios; así como las presiones políticas ejercidas por los grupos indígenas. Esta situación permite la protección, reconocimiento y respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El principal antecedente jurídico del Peritaje Cultural son las normas constitucionales, pues a través de ellas, se reconoce la existencia de los pueblos indígenas, su cultura e identidad; a través de este reconocimiento el Estado junto con sus órganos, se obliga a ejercer la función pública, considerando tales derechos, con el objeto de lograr la convivencia pacífica entre las diversas culturas que conforman la nación.

³⁰ LÓPEZ, Albertina. "Curso sobre el Derecho y la Legislación de Guatemala en torno al Proceso Penal". Capítulo 7: Derecho Penal. 2009. Cotejo de Documentos. P.6.

Cécile Lachenal manifiesta que el antropólogo debe explicar puntualmente los contextos culturales por los que un indígena porta un arma de fuego, o recolecta huevos de tortuga por ejemplo; pues estas situaciones desde el punto de vista legal son "ilícitas", al poner en peligro el bien jurídico tutelado (sociedad, recursos naturales); pero desde la cosmovisión indígena responden a razones de supervivencia y a formas sociales históricamente usuales y funcionales para asegurar la vida en grupo.

El perito además de contar con conocimientos del caso judicial, debe también tener visión interpretativa; para que pueda plantear la aplicación de la ley de una cultura a otra. Así pues, el objeto de un peritaje cultural es fundamentar, analizar y comentar de manera comparativa un hecho, "la costumbre".

El peritaje cultural deberá versar sobre las situaciones específicas y las argumentaciones deben ser claras y directas. Es necesario contar con un cuerpo de preguntas que fijen cuál es el motivo de la investigación y la situación particular que se quiere esclarecer.

El peritaje busca colaborar en la transformación de los paradigmas que actualmente existen, en la sociedad en general y en los medios judiciales en particular, para valorar las culturas.

Permite percibir la diferencia cultural, el contexto cultural donde el acto se desarrolla, para explicar la conducta del acusado. Así por ejemplo los asesinatos cometidos por motivo de brujería o venganza. Estos peritajes sirven para entender las circunstancias de hecho en las cuales sucedió la conducta incriminada, y permiten constituir una estrategia de defensa basada en la imputabilidad, es decir en el elemento de la culpabilidad³¹.

³¹ LACHENAL Cécile. Op. Cit. P. 190-192.

2.3.2. Peritaje Jurídico-Antropológico

El peritaje jurídico-antropológico, sirve al defensor como guía para revelar que la conducta del indígena guarda relación con el sistema normativo interno de la comunidad a la que pertenece. De combatir la culpabilidad se pasa a combatir la antijuridicidad de la conducta litigiosa.

La estrategia de defensa se enfoca en las causas de justificación para la exclusión del delito.

El peritaje jurídico-antropológico constituye un instrumento fundamental para conocer y entender la normatividad dentro de las comunidades indígenas. Según la autora Cécile Lachenal, este peritaje es un instrumento de traducción de un lenguaje al otro, o de una lógica cultural a otra.

Dentro de toda sociedad, lo jurídico o normativo corresponde a un sistema propio de valores y principios, que dan cohesión al grupo social; permitiendo crear instrumentos para regular la convivencia, la organización social, económica, política y cultural.

En las comunidades indígenas lo normativo se expresa de manera oral y casuística. Al contrario de la sociedad occidental donde prima el Derecho positivo. Sin embargo, las formas propias que tiene cualquier sociedad de organizarse, regularse y resolver sus conflictos, se ha preservado y desarrollado en las comunidades indígenas; como producto de su integración al Estado.

El peritaje jurídico-antropológico es fundamental para el entendimiento del carácter jurídico de ciertas prácticas culturales de las comunidades indígenas; a través del cual se conocen las normas, instituciones, procedimientos, sanciones, etc. lo que se encuentra prohibido, permitido o es obligatorio; y a quien le corresponde la facultad de exigir la observancia de tales conductas en la comunidad sujeta a estudio. Mientras que, en el

sistema del Derecho positivo, para determinar si una conducta se encuentra prohibida, permitida o es obligatoria, recurrimos al Código Penal.

El objetivo fundamental del peritaje jurídico-antropológico es conocer la licitud o ilicitud de una conducta; de acuerdo con el sistema normativo propio de la comunidad indígena, el cual puede diferir del Derecho positivo³².

2.3.2.1 Elementos básicos para establecer y comprobar la existencia y vigencia de un sistema normativo interno en una comunidad:

- a) Instituciones y autoridades legítimas (electas o nombradas por los miembros de la comunidad, según un proceso propio y conocido por la misma): Estructura político-jurídica, cuyo objeto es organizar las relaciones sociales, políticas y culturales dentro de su esfera de competencia.
- b) Existencia de varios procedimientos, de carácter público, oral y flexible: Para regular actividades internas y resolver los conflictos que se presentan en su ámbito.
- c) Normas con cierto grado de generalidad, exigibles y aplicables: Enunciadas e inculcadas ante y entre la comunidad, por la respectiva estructura jurídico-política o por los grupos familiares³³.

El peritaje antropológico sea cultural o jurídico-antropológico, deja a consideración de los jueces la valoración de la prueba pericial; pues de ninguna manera un medio de prueba puede sustituir el trabajo hermenéutico de los jueces; sólo constituyen un elemento de explicación,

³² LACHENAL, Cécile. Op. Cit. P. 192.

³³ LACHENAL, Cécile. Op. Cit. P. 194.

cuya fuerza probatoria depende de la interpretación que de la misma haga el juez.

El operador de justicia debe considerar que la prueba pericial tiene dos funciones en los procesos judiciales que involucran a indígenas: la técnica (ayuda a verificar hechos y circunstancias) y la orientadora (que permite formarse opiniones sobre esos hechos y circunstancias). El juez tiene amplia libertad para valorar el dictamen pericial, lo que no implica arbitrariedad, sino valoración; a través de un razonamiento suficiente en base a la sana crítica, para justificar por qué se acepta o se rechaza el dictamen.

CAPÍTULO III

EL REGLAMENTO DE APLICACIÓN ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS QUE FORMAN PARTE DEL ACTUAL DEBATE QUE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA DEBE RESPONDER EN EL CASO DEL ECUADOR

3.1. Ruptura de la Teoría Clásica de la Identidad Estado-Nación y la Constitución de 1998 así como la vigente:

Durante el siglo XIX y casi todo el XX, las distintas Cartas Magnas que tuvieron vigencia en nuestro país; postularon entre otras cosas el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a recibir la misma protección, igualdad de trato, el derecho a la no discriminación. Todos estos derechos no consideran los aspectos culturales, sociales, ni económicos de los ciudadanos; sostienen que toda persona debe ser sujeto de los mismos deberes y derechos, y por lo mismo, buscan lograr mediante el poder del Derecho y del Estado, igualar culturalmente al pueblo.

También tuvieron vigencia leyes que ordenaban la "civilización" de las naciones indígenas, leyes que ordenaban incluso su integración a la comunidad católica e hispanoparlante.

Esta teoría típica del siglo XIX, pregona la idea de que en un Estado hay un solo pueblo, una nación, una cultura, un idioma, una religión oficial. Esta noción se rompe con las distintas reformas constitucionales aprobadas en la década de los 90 en América Latina.

De manera que, la soberanía del Estado que se consideraba radicada en un solo pueblo; con la ruptura de la identidad Estado-Nación, ahora radica en los diferentes pueblos o nacionalidades reconocidos por el Estado³⁴.

El Ecuador es uno de los países que efectuó reformas constitucionales apoyando el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el año 1998. Este progreso del derecho positivo, marca una ruptura con siglos de dominación blanco-mestiza, y ofrece la oportunidad de que líderes de cultura e idioma quichua, shuar, etc. tengan acceso al poder.

A partir de finales de la década de 1980, hubo notables avances en cuanto al discurso de la etnicidad, se trataron temas concretos, tales como la legitimidad en el campo político, a través de la reivindicación de derechos específicos culturales, del derecho a la consulta y a la participación; y un proyecto político sobre la autodeterminación y la autonomía.

La etnicidad también tocó el campo económico, al criticar el modelo de desarrollo neoliberal, el acceso a la tierra y el manejo de los recursos naturales.

Al surgir movimientos sociales identitarios, el Estado tuvo que estudiar su política indigenista, a través de un proyecto de sociedad multiétnica y pluricultural, y también de apertura a las organizaciones indígenas. En lo posterior, se rompe

³⁴ FLORES Giménez, Fernando. Coordinador. Pluralismo jurídico, interculturalidad y derechos humanos indígenas. "Constitución y Pluralismo Jurídico". Tomo 4. Quito 2004. Corporación Editora Nacional. P. 35.

con la concepción de que en un Estado hay un solo pueblo, una nación, un idioma, una cultura, una religión oficial; reconociéndose las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones³⁵.

Es así entonces que tanto la Constitución de 1998 como la actual; reconocen el concepto de derechos colectivos (de comunidades, pueblos y nacionalidades, la vigente), que buscan garantizar la existencia de los pueblos indígenas como cultura diferente a la del resto de ciudadanos. Este adelanto en reconocer la titularidad colectiva, no exclusivamente individual de los derechos humanos es un logro decisivo dentro de la historia de la resistencia de los pueblos indígenas.

Todo esto implica el reconocimiento del derecho a la autodefinición como nacionalidad de raíces ancestrales; y como nacionalidad o pueblo indígena; el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación; la igualdad y la dignidad de todas las culturas como fundamento de la nacionalidad; el derecho a no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación; la defensa del patrimonio cultural, y de los conocimientos y prácticas medicinales tradicionales. Se reconocen los derechos territoriales de las comunidades étnicas, por un lado al ratificar la propiedad ancestral de las tierras comunitarias y el derecho de las comunidades a no ser desplazadas de sus tierras. Derecho a que se fortalezca el sistema de educación intercultural

³⁵ FLORES Giménez, Fernando. Op. Cit. P. 35.

bilingüe. Impulsar el uso de vestimentas, símbolos y emblemas que los identifiquen. Creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas.

Se reconoce la legitimidad del derecho consuetudinario y de las autoridades tradicionales de aquellos territorios. Derecho a constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura (Art. 57. Constitución).

A nivel constitucional además se reconoce que entre las distintas personas que habitan en el Ecuador, existen diferencias y precisamente en vista de esas diferencias, se justifica que el Estado trate de manera distinta a los distintos, si es del caso, adoptando medidas de protección especiales (acciones afirmativas), que no toma respecto a otros grupos de la población. El objetivo del Estado social de derecho es el de tratar de equilibrar las desigualdades socioeconómicas; mientras que el Estado multicultural busca garantizar el igual derecho de cada cultura y etnia que habita el territorio, a existir y a desarrollarse como cultura diferente.

La reivindicación de la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas, es un derecho humano específico y colectivo de estos pueblos. Está

íntimamente ligado al objetivo constitucional de conservar el medio ambiente, especialmente aquel en el que cada pueblo indígena habita³⁶.

3.2. Rompimiento de la identidad Estado-Derecho y el reconocimiento de varios sistemas jurídicos dentro del mismo Estado:

“El derecho estatal en sí mismo es plural, porque está afectado por otros órdenes normativos, como el Derecho Internacional, el transnacional y también por las legalidades no estatales (los sistemas de derecho indígenas y afroecuatorianos en este caso)”³⁷. Inicialmente se reconocía, que en un Estado solo cabe un sistema jurídico. El Convenio 169 de la OIT y las nuevas Constituciones reconocen que caben varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado; incluso existen varios Derechos, varias naciones y nacionalidades en un mismo Estado³⁸.

La concepción, aprobación y aplicación de las normas propias de los pueblos indígenas, está reconocido por el Convenio 169 de la OIT:

³⁶ D'ABBACCIO Kreutzer, Guillermo Alejandro. “Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural. (La supervivencia y el diálogo de las diferencias)” Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena. UASB. 2007. P. 10.

³⁷ GARCÍA Fernando. Estado de la cuestión de la antropología jurídica en el Ecuador. Ensayo, en “Constitución y Pluralismo Jurídico”. Op. Cit. P. 30.

³⁸ FLORES Giménez, Fernando. Op. Cit. P. 35.

“Se deberá tomar en cuenta su derecho consuetudinario” (Art. 7. Párrafo 1)

“Podrán mantener sus propias costumbres e instituciones propias” (Art. 7. Párrafo 2)

“Los métodos de control social propios” (Art. 8. Párrafo “a”)

“Las costumbres de dichas poblaciones en materia penal” (Art. 8. Párrafo “b”)

“Deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Art. 9. Párrafo 1)

“Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (Art. 10. Párrafo 2).

También por la actual Constitución Política, dentro del capítulo cuarto Art. 57.9 y 57.10 que trata sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, donde reconoce y garantiza el ejercicio de la autoridad en sus territorios legalmente reconocidos; así como el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario.

Las autoridades tradicionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son reconocidas como autoridades con autonomía política y administrativas; por lo que pueden aplicar sus normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos; siempre y cuando no vulneren los derechos humanos y la Constitución.

El objetivo constitucional es que no colisionen las jurisdicciones, ordinaria y la jurisdicción especial indígena; es por ello que el Estado garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Estas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad (Art. 171).

La eficacia del reconocimiento del pluralismo jurídico, es palpable cuando las comunidades indígenas tienen un amplio espacio de libertad, permitiendo que el procedimiento de solución de sus conflictos responda a determinadas circunstancias como por ejemplo: cultura, grado de aislamiento o integración de la comunidad a la de la cultura mayoritaria, intereses o derechos afectados, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para solventar el conflicto, teniendo en cuenta las normas constitucionales y jurisprudenciales³⁹.

El diálogo intercultural debe permitir el respeto a cada cultura jurídica, reconociendo lo que a cada uno le es propio, lo que las complementa, y lo que las opone. Ninguna concepción jurídica es superior a las otras.

³⁹ D'ABBRACCIO Kreutzer, Guillermo Alejandro. Op. Cit. P. 7.

3.3. Ruptura de la concepción de los pueblos indígenas como objetos de políticas dictadas por otros. Identidad cultural de los pueblos indígenas:

Raquel Yrigoyen Fajardo manifiesta que la ruptura de esta concepción, se debe al planteamiento del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros. Es decir, individuos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos. Esto implica la disolución de la ideología de la inferioridad y la “necesidad” de tutela estatal, para legitimar la subordinación política y la explotación económica de dichos pueblos⁴⁰.

Al incorporarse en la Constitución de 1998 el concepto de pluralismo jurídico, se fortaleció la coexistencia del derecho indígena independientemente de la administración tradicional de justicia, lo que ha permitido establecer niveles de compatibilidad y limitaciones entre ambos sistemas jurídicos.

Los movimientos indígenas han luchado por el reconocimiento y vigencia de un Derecho propio que regule la vida social indígena. Hecho que revela la oposición de los indígenas a un orden normativo que no reconozca la diversidad y que penalice las prácticas que la constituyen.

⁴⁰ YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Ensayo, en “El Otro Derecho”, número 30. Junio de 2004. ILSA. Bogotá. P. 172.

Los indígenas son reconocidos como diferentes, y por lo tanto titulares de distintos y especiales derechos, en contraposición a un derecho común aplicable al resto de los habitantes. Las reivindicaciones emprendidas por las comunidades indígenas, han buscado el reconocimiento del derecho a la plurinacionalidad, derecho a la autonomía, derecho a la territorialidad, derecho a las propias manifestaciones culturales e identitarias, participación política, etc., como una forma diferente de entender y ejercer los derechos ciudadanos.

El profesor Jaime Vintimilla Saldaña, manifiesta que las comunidades indígenas se fundamentan en la interlegalidad; pues en su visión socio-jurídica al considerar su propio derecho consuetudinario, también consideran el derecho estatal; algunas comunidades poseen reglamentos internos y se remiten al ordenamiento jurídico así como a las autoridades parroquiales, cantonales, provinciales o nacionales; dependiendo de la gravedad del caso.

El derecho indígena incorpora también la mediación comunitaria o la conciliación comunitaria; para devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones, y si es posible la reconciliación. No se trata de una justicia exclusivamente castigadora; pues se consideran otros aspectos como la situación del agresor y de la víctima, la costumbre, la decisión inmediata de la comunidad, la norma oficial, etc.⁴¹

⁴¹ VINTIMILLA Saldaña, Jaime. Artículo: "Reforma a la Justicia y derecho indígena ecuatoriano".

El derecho consuetudinario es un sistema de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a las comunidades indígenas regular su vida social, sus conflictos y organizarse en el marco de su cultura. Este derecho contiene directrices antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero ajustadas a su sistema cultural. También contiene los criterios para crear o cambiar sus normas. El reconocimiento del derecho consuetudinario implica la potestad que tienen sus titulares de crear y facilitarse sus normas para sí mismos⁴².

Precedente a las reformas constitucionales, la normativa permitía la costumbre únicamente como una fuente secundaria del derecho, a falta de ella y nunca en contra de ella; en cuyo caso podía constituir delito. Al reconocerse funciones de justicia a los pueblos indígenas, según su propio derecho y aplicado por sus autoridades, se admite el derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho, sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley.

⁴² YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Especial en el Perú. Ensayo, en "XII Congreso Internacional sobre Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal". Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá. 2000.

El derecho al propio Derecho tiene dos fundamentos, explica Raquel Yrigoyen; por un lado el cultural, que hace alusión al hecho de que cada persona tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura y, el fundamento político, que es la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues es el modo en el que se protegen los derechos de sus miembros⁴³.

Existe pues, un sistema de reglas establecidas para dar solución a los conflictos más graves de convivencia; esta normatividad guarda una racionalidad desde la propia cosmovisión indígena. No se trata de reacciones de venganza, ni de linchamientos, ni autojusticia primitiva como se ha considerado erróneamente.

En su sistema normativo no existe el principio de legalidad ni el de culpabilidad; los postulados de su ordenamiento punitivo consideran el principio del equilibrio de la persona con la familia, con la comunidad, con la naturaleza y con el cosmos (el *sumak kausay* al que refiere el prólogo de la Constitución del Ecuador); la búsqueda de la paz, la mediación e integración del individuo infractor a la comunidad. Este principio de armonía se sustenta en subprincipios: *ama quilla* (trabajo), *ama llulla* (no mentir), *ama shuwa* (no

⁴³ YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Op. Cit. P. 184.

robar), *ama muku* (no avaricia), *ama llakirina* (no hacer daño), *randy randy* (solidaridad), *ama yalli charina* (no codiciar)⁴⁴.

El derecho consuetudinario al igual que el derecho oficial, califica y sanciona conductas muy graves que tienen elementos similares a los delitos tipificados en los códigos penales. No obstante, se consideran otros hechos punibles tales como la ociosidad, el adulterio y la hechicería.

Existen grandes diferencias en cuanto a las sanciones. En el derecho indígena, la pena de muerte es desconocida, existen penas corporales como el látigo, el ortigamiento o el baño en agua fría. Otras sanciones son semejantes a las que se aplican al derecho penal oficial; por ejemplo los trabajos comunitarios, multas o indemnizaciones⁴⁵.

La cárcel como sanción para reprimir los delitos cometidos, no es concebida como una solución de acuerdo a la cosmovisión indígena, pues el individuo aprende delitos distintos; y el impacto económico se revierte sobre los

⁴⁴ LLASAG Fernández, Raúl. "Plurinacionalidad: Una propuesta constitucional emancipadora". *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ramiro Ávila Santamaría. Coordinador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. P. 344 y 345.

⁴⁵ BORJA Jiménez, Emiliano. Estado de la cuestión de la antropología jurídica en el Ecuador. Ensayo, en "Constitución y Pluralismo Jurídico". Op. Cit. P.30.

miembros más cercanos, que deben sustentar a los familiares del sujeto encarcelado⁴⁶.

La imputación de la sanción es personal, aunque existen casos en que se extiende a la familia por no haber contribuido a detener la infracción; al ser una de las responsabilidades principales del núcleo familiar el conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

Una de las diferencias entre el sistema jurídico oficial y el practicado por los pueblos indígenas es el valor de la verdad; es decir la confesión del transgresor de haber cometido un hecho reprochable y dañino. A la confesión le sigue el público arrepentimiento, el compromiso, por medio de la palabra de no cometer de nuevo faltas o delitos, el deber de enmendarse⁴⁷.

El Convenio 169 de la OIT, señala al respecto:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los

⁴⁶ SÁNCHEZ Esther. Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia. Ensayo, en “Hacia Sistemas Jurídicos Plurales”. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá 2008. P. 135.

⁴⁷ PADILLA Guillermo. La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico. Ensayo, en “Hacia Sistemas Jurídicos Plurales” Op. Cit. P. 170.

derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (Art. 8.)

"En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros" (Art. 9.)

"Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario" (Art. 8.)

"Los miembros de dichos pueblos podrán ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes" (Art. 8.)

"Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia" (Art. 9.)

"Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales" (Art. 10.)

"Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien, por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de sus derechos" (Art. 12.)

“Deberá tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario intérpretes u otros medios eficaces” (Art. Art. 12.)

3.4. Ruptura de los conceptos tradicionales de democracia y la presencia de nuevas instituciones. Como la consulta, la participación y la representación de pueblos indígenas. Derecho de los pueblos indígenas y funciones jurisdiccionales:

La nueva "democracia", partidaria de las teorías de Spinoza, Locke y Rousseau, considera la elección democrática como el criterio único de legitimidad y sitúa en el pueblo la fuente exclusiva de esa legitimidad (Art. 3. Declaración de Derechos del Hombre: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación”). De este principio se deriva que la expresión de la voluntad general es el fundamento único de la ley Art. 6. de la Declaración: “La ley es la expresión de la voluntad general”. A partir de 1789 el poder y la ley se desentendían de la voluntad de Dios y buscaban su fuente de inspiración exclusiva en la voluntad popular; al no reconocerse una verdad objetiva ni un derecho natural fundado por Dios⁴⁸.

⁴⁸ Ref: MAORTUA Álvaro. <http://www.arbil.org/%28333%29maor.htm>. [s.a.]

Se ha definido a la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, y afirmando que su principio es la libertad.

En palabras de Ramiro Borja y Borja puede definirse como el "estado de un pueblo en el cual el poder soberano reside en la universalidad de los individuos, iguales entre sí ante la ley".

La democracia es directa cuando todas las medidas gubernamentales se deciden por la asamblea plenaria del pueblo, es decir el pueblo por sí mismo se da sus leyes ordinarias y fundamentales; en tanto que la democracia representativa, si las medidas gubernamentales se deciden por representantes del pueblo. La democracia directa no se ha realizado jamás en su totalidad. Existe más bien la democracia semi-directa o semi-representativa, en donde las leyes después de aprobadas por asambleas electivas, se someten al referéndum del cuerpo electoral.

La idea de representación de los gobernados por los gobernantes, permite la organización de las operaciones representativas, que consisten en procedimientos jurídicos colectivos, como las elecciones populares y las deliberaciones de las asambleas⁴⁹.

⁴⁹ BORJA y Borja Ramiro. "Síntesis del Pensamiento Humano en torno a lo Jurídico". Tomo VII. Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión", 2005. Fondo Editorial C.C.E. P. 2996 y 2997.

La ruptura del concepto tradicional de democracia; y la introducción de nuevas instituciones como la consulta, la participación y la representación de pueblos indígenas transforman los conceptos tradicionales de participación y representación. Ya no es solamente la función legislativa la que produce normas, sino que se reconoce como derecho válido el que producen los pueblos indígenas.

Se establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos en los que su futuro se encuentre comprometido, cuando tales asuntos afecten sus intereses, su vida, creencias, bienestar espiritual, instituciones, y a las tierras que ocupan o utilizan⁵⁰.

Por lo tanto, los pueblos indígenas deberán ser consultados en el caso de explotación del suelo y subsuelo; en la adopción de medidas legislativas y administrativas; en caso de enajenación de las tierras comunales; en materia de planes educativos.

La plurinacionalidad surge como un requisito clave en la construcción de la nueva democracia. El momento en que pueblos, culturas, nacionalidades se visibilizan en el contexto nacional luego de siglos exclusión surgen como actores diferenciados por su pasado originario y reclaman especificidad en la

⁵⁰ FLORES Giménez, Fernando. Op. Cit. P. 36.

sociedad nacional. Planteando igualdad de condiciones dentro del Estado como nacionalidades.

Los movimientos indígenas, han revitalizado sus espacios ancestrales produciendo grandes cambios en la cultura política y la democracia. La lucha política de estos sectores pretende romper el autoritarismo social, el racismo establecido y la injusta distribución de la riqueza. Su lucha es constituir una cultura política desde la acción social, desde la participación⁵¹.

La exclusión de las comunidades indígenas ha sido palpable dentro del sistema político y, sobre todo, en la postulación y elección de candidatos. La realidad demuestra que la clase política dominante aún requiere un cambio de una visión monocultural a una visión pluricultural de Estado.

La Constitución garantiza el ejercicio real de los derechos políticos, individuales y colectivos de los pueblos indígenas, reflejados en el mejoramiento de su participación y representación en todos los niveles de la vida política nacional e internacional como sujetos de su propio desarrollo, elemento clave para la legitimidad del sistema político democrático del país. Pretende igualmente fortalecer las estructuras políticas y las formas propias de organización social de los pueblos ancestrales.

⁵¹ CARILLO, Ricardo. Movimientos Sociales y Hegemonía. Ensayo, en "Movimientos Sociales, Políticas de Seguridad y Democracia". Universidad Andina Simón Bolívar. Revista: Aportes Andinos N° 6. Julio 2003. P. 3.

La participación de los grupos indígenas como derecho colectivo, como derecho diferenciado en función del grupo, cuyo titular es la comunidad; constituye un derecho fundamental y está amparada en el marco legal nacional e internacional.

Las comunidades indígenas además del derecho a ser representadas en las esferas de decisión del Estado; tienen derecho a ser consultadas; por lo tanto el derecho a la consulta previa también constituye un derecho fundamental.

La Constitución de la República señala al respecto:

- Art. 57. Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades:

7. Establece que las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen derecho a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarlos; participar en los beneficios de esos proyectos y recibir indemnizaciones por los perjuicios que les causen.

15. Establece el derecho a construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan,

así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

- Art. 65. Derechos de participación. 2do. Inc. Señala que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.

El Convenio 169 de la OIT señala que los pueblos indígenas tienen derecho a:

Art. 4. Punto 3: Gozar de los derechos generales de ciudadanía.

Art. 6. a): Derecho de consulta libre, previa e informada.

Art. 6. b): Participar libremente, por lo menos en la medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

Art. 7: Derecho a decidir sus prioridades en materia de desarrollo.

Art. 27: Derecho a crear sus propias instituciones y medios de educación.

La Declaración de las Naciones Unidas aprobada en septiembre de 2007 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece:

Art. 3: Derecho a la libre determinación y a perseguir libremente su desarrollo.

Art. 4: Derecho a la autonomía o al autogobierno.

Art. 5: Derecho a conservar sus propias instituciones políticas, jurídicas, sociales.

Arts. 18 y 19: Derecho de consulta, libre, previa e informada.

Art. 20: Derecho a crear y mantener sus propios sistemas políticos, sociales, etc.

3.4.1. Funciones Jurisdiccionales de los Pueblos Indígenas:

El Convenio 169 de la OIT y los textos constitucionales de los países andinos reconocen el derecho consuetudinario y la función jurisdiccional especial o potestad de administrar justicia de las comunidades indígenas.

Raquel Yrigoyen manifiesta que el ejercicio de funciones jurisdiccionales constituye una forma de poder. Un Estado Pluricultural es un Estado en el que el poder está distribuido y no concentrado ni centralizado. El reconocimiento de la participación de los pueblos indígenas en el poder, es la base para que la democracia sea efectiva en un Estado plurinacional.

La "jurisdicción especial", es una especie de fuero para las comunidades indígenas, sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales; como por ejemplo la potestad que tiene el órgano de conocer, juzgar, resolver conflictos, establecer derechos y obligaciones, reparación de daños y

perjuicios, etc. Esta jurisdicción se rige por el derecho consuetudinario, siempre y cuando no viole los derechos establecidos en la Constitución⁵².

Los actos de coerción personal que provienen del ejercicio de la función jurisdiccional indígena no constituyen usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o secuestro, privación ilegal de libertad, ni ninguna otra forma delictiva, como la captura, la prisión, el embargo, que podrían ser ordenadas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por propio reconocimiento constitucional, del ejercicio de uno de los derechos de los pueblos indígenas.

El Art. 171 de la Constitución, establece el derecho que tienen las autoridades de las comunidades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos.

El Estado garantiza que sus decisiones sean respetadas; no obstante estarán sujetas al control de constitucionalidad.

⁵² BUSTAMANTE Soldevilla, Minda. "Normatividad y aceptación de los principios del Pluralismo Jurídico en la Justicia Ordinaria del Perú". Ponencia. 2006. P. 7.

De acuerdo a Esther Sánchez Botero, la jurisdicción especial indígena admite cuatro elementos esenciales:

- La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
- La potestad de tales pueblos de establecer normas y procedimientos propios.
- La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley.
- La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades judiciales nacionales.

Las autoridades indígenas tienen tres facultades en correspondencia con la jurisdicción especial:

- Conocer los asuntos, que según las reglas de competencia les corresponden.
- Resolver el asunto sometido a su consideración.
- Potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales⁵³.

⁵³ SÁNCHEZ Botero, Esther. Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas. Ensayo, en "Constitución y Pluralismo Jurídico 4" Op. Cit. p. 94.

3.5. El cambio en la concepción tradicional de los Derechos Humanos: Definición monocultural e interpretación intercultural de los Derechos Humanos.

La igualdad de las culturas, y la diversidad étnica y cultural de la nación, han sido reconocidas constitucionalmente.

Raquel Yrigoyen explica por tanto, que en un Estado pluricultural una sola orientación cultural no puede monopolizar la definición e interpretación de los Derechos Humanos; y tampoco los jueces de una sola cultura podrán interpretarlos, pues se transgrede el derecho a la diversidad. Lo coherente es entonces, que los derechos humanos sean definidos e interpretados interculturalmente.

De manera que, cualquier posible violación de los derechos humanos debe ser tratada al interior de la jurisdicción especial. En ningún caso, puede considerarse que el simple ejercicio de la jurisdicción especial, constituye una violación de los derechos humanos; pues su ejercicio está reconocido por la Constitución.

El Convenio 169 de la OIT sólo establece como límites al ejercicio del derecho consuetudinario: la no violación de los derechos fundamentales ni humanos. De este modo, quienes manifiestan que la jurisdicción especial debe subordinarse a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, hacen una interpretación que no concuerda con la esencia del Convenio.

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar los mínimos fundamentales: el derecho a la vida, integridad física, libertad, y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso⁵⁴.

Guillermo Padilla sostiene que cualquier forma de sanción constituye una limitación a los derechos humanos: la cárcel, las multas, el estigma social; y en algunos casos de mayor gravedad de la que podría provenir de castigos físicos. Lo fundamental es considerar y valorar adecuadamente, a través de peritajes culturales, el contexto en que ellos ocurran.

La definición de tortura proporcionada por la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes", establece que la sanción para que sea punible debe ser ilegítima y además debe haber provocado daños graves y crueles⁵⁵.

⁵⁴ YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Op. Cit. P. 177.

⁵⁵ PADILLA Guillermo. La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico. Ensayo, en "Hacia Sistemas Jurídicos Plurales" Op. Cit. P. 172.

En un Estado multicultural, existe tensión entre unidad y diversidad. Unidad, incorporada en la universalidad de los derechos humanos y en la defensa de la forma de gobierno democrática y, diversidad, concebida como el respeto a las formas de gobierno de las minorías culturales que desconocen o quebrantan el paradigma liberal de los derechos. Esta tensión se soluciona al reconocerse la existencia de los derechos de las minorías nacionales, derechos que compiten con los derechos humanos y con las facultades que el ordenamiento establece a las autoridades públicas⁵⁶.

El Dr. Jaime Vintimilla Saldaña, manifiesta que paulatinamente el concepto de los derechos humanos es asimilado por las autoridades de los pueblos y nacionalidades; pues pretenden aplicar las sanciones corporales exclusivamente en casos excepcionales. Comenta además, que es imprescindible la formación de las autoridades judiciales e indígenas para establecer criterios de coordinación mínimos, así como advertir las limitaciones⁵⁷.

⁵⁶ YRIGOYEN Fajardo, Raquel. "Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". Op. Cit. P. 181.

⁵⁷ VINTIMILLA Saldaña, Jaime Rafael. "Administración de Justicia Indígena en el Ecuador". Entrevista para la Revista "Novedades Jurídicas". Ediciones Legales. Número 37. Julio de 2009. P. 22.

En caso de conflicto entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos y fundamentales, el Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse procedimientos adecuados para resolver dichos conflictos. Estos procedimientos deberían crearse en consulta con los pueblos indígenas que garanticen la interpretación intercultural de los hechos y el Derecho así como el reconocimiento del derecho a la diversidad dispuestos en la Constitución.

El principio "pro homine", incluido generalmente en todos los instrumentos internacionales, es un criterio hermenéutico que revela todo el derecho de los derechos humanos, por el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos. Este principio concuerda con la teoría fundamental de los derechos humanos: estar siempre a favor del hombre.

La interpretación "teleológica" de los derechos humanos, establece que debe darse prioridad a la consideración del objeto y fin de las normas, es decir la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos⁵⁸.

⁵⁸ PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Ensayo, en "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales". CELS. Editores del Puerto. 1998. Buenos Aires, Argentina. P. 163 -166.

El principio general del pacta sunt servanda es de aplicación en derechos humanos, así como su cumplimiento de buena fe, evitando actos que perjudiquen la aplicación del tratado.

Los tratados de derechos humanos conllevan obligación "erga omnes" que exige la protección a todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, sexo, etc., tanto por su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

La discrecionalidad de las autoridades nacionales en la adopción de medidas para dar cumplimiento a obligaciones positivas o para imponer restricciones debe estar siempre guiada por el principio pro homine.

La codificación internacional se concentrará en el principio de no injerencia y no intervención en los asuntos internos de un Estado pero se frenará consecuentemente en el campo de los derechos humanos⁵⁹.

La normativa internacional obliga al Estado a ofrecer a todas las personas los instrumentos adecuados para garantizar la totalidad de sus derechos fundamentales. Es por ello que existe la institución procesal del amparo (protección), que tiene por objeto tutelar los derechos humanos.

⁵⁹ VALIÑA, Liliana. El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Ensayo, en "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales". Op. Cit. P. 174.

La acción de amparo (de protección en nuestro caso) es una de las medidas jurídicas que la Constitución pone a disposición de los ciudadanos para evitar la violación de sus derechos, para hacer cesar dicha violación cuando esto sea posible, y para reclamar los perjuicios que se haya ocasionado con los actos u omisiones. Es decir, reparar, oportuna y racionalmente, los derechos fundamentales conculcados.

La justicia consiste en respetar los derechos de los individuos. Los derechos son previos a los deberes y a los objetivos colectivos. Son esos valores esenciales y permanentes que tiene el ser humano y que son objeto de protección jurídica. Los derechos humanos, son un conjunto de valores, que fundamentados en la dignidad del ser humano, buscan el convivir igualitario y pacífico entre los pueblos y personas⁶⁰.

Todas las teorías de los derechos humanos son igualitaristas, asumen que todos los individuos deben ser tratados como iguales, defienden su igual valor en cuanto agentes morales.

Los derechos humanos tienen un carácter universal, no se circunscriben a determinadas regiones o pueblos, si la condición del hombre es la misma en

⁶⁰ SALGADO Pesantes, Hernán. Los Derechos Humanos en el mundo de hoy. Ensayo, en "Guía de Litigio Constitucional". Tomo II. Compilación de conferencias del curso de litigio constitucional. CLD. Quito. 2001. P. 5-8.

todo el mundo, sus derechos son los mismos, por encima de cualquier diferencia antropológica.

Los derechos humanos toman en consideración los intereses de todos y cada uno de los individuos con independencia de su sexo, raza, religión, clase social, o de su tradición cultural.

La Constitución asegura, a través del sistema de garantías, el carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y la igualdad jerárquica de todos los derechos, Art. 11.6.

Los derechos constitucionales no pueden ser sustraídos o suspendidos, salvo propias previsiones constitucionales; tampoco pueden ser objeto de renuncia previa por parte de sus titulares, son inherentes a la persona acompañándola permanentemente. Nunca pueden ser materia de acuerdo consensual, pues son intransigibles.

El contenido de los derechos es un todo unitario, y se exige que su cumplimiento se realice de manera íntegra. Cualquier menoscabo implica vulneración.

La efectividad de un derecho implica la operatividad de los demás, el incumplimiento de un derecho afecta las condiciones de ejercicio de los otros derechos, por ser interdependientes y complementarios.

Los derechos, responden a necesidades o intereses amenazados y la Constitución, en virtud del compromiso axiológico que la informa, no distingue niveles de importancia o preferencia de unos derechos sobre otros.

La aplicabilidad directa e inmediata de los derechos, no sólo se refiere a los reconocidos constitucionalmente, incluye a los establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados por el Estado⁶¹.

La finalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es lograr que los Estados respeten y protejan los derechos de quienes se encuentran bajo su jurisdicción, propiciando su progresividad y eficacia.

El incumplimiento de los instrumentos internacionales conlleva para el Estado responsabilidad internacional.

⁶¹ APARICIO Wilhelmi, Marco. Derechos: enunciación principios de aplicación. Ensayo, en "Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Tribunal Constitucional. Quito. Octubre 2008. P. 27-33.

CAPÍTULO IV

LA PLURALIDAD JURÍDICA

4.1. Conceptualización

Creemos necesario señalar que partiendo del concepto de pluralismo jurídico podemos explicar dos ideas fundamentales: una, que el Derecho no es producto exclusivo de determinadas sociedades (estatales), pues que se lo encuentra en otros colectivos, y, la otra, que al interior de un Estado se encuentran diversas manifestaciones del Derecho.

En el caso de Ecuador, la reforma constitucional de 1998 dio inicio al reconocimiento y valoración de sociedades distintas que mantuvieron entre sus realidades y tradiciones sistemas de Derecho propio; hecho que estimamos trascendental si consideramos que define un nuevo modelo que rompe la hegemonía de la sociedad occidental y el monismo jurídico como modelo único por seguir y que impuso a los pueblos indígenas principios y formas de organización social, de manejo de recursos y de control y solución de conflictos, hechos todos que no necesariamente coincidían con los sistemas existentes en esos pueblos. En efecto, la reforma consagró sus derechos al territorio ancestral y a los recursos naturales, incluyó el reconocimiento de la identidad cultural y por tanto a la etnoeducación, además, reconoció su autonomía política, económica y social y creó la jurisdicción indígena.

Relievando la importancia de tal reconocimiento, que en el caso de Colombia es anterior, se inicia con la Constituyente de 1991, Esther Sánchez Botero comenta "Las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para crear un

sistema de pluralidad, de autoridad pública y de pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”⁶²

El pluralismo jurídico constituye un importante concepto tanto de la antropología como de la sociología jurídica, dice relación o “se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos y relacionados entre sí dentro de un mismo campo social”⁶³; tal coexistencia cuestiona la visión etnocéntrica y central del derecho occidental y que ha sido construida dándole el papel de único y legítimo referente por el positivismo jurídico, precisamente este cuestionamiento “ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los estados nacionales”⁶⁴.

Una concepción analítica sobre pluralismo jurídico es la que trae Benda Beckman, en consideración de la especificidad normativa de los órdenes jurídicos: “coexistencia de dos o más grupos de concepciones normativas dentro del mismo proceso, o de procesos agregados de estructuración, pero también la coexistencia del mismo elemento normativo en más de un contexto”⁶⁵.

⁶² FLORES Giménez, Fernando. Coordinador. Pluralismo jurídico, interculturalidad y derechos humanos indígenas. Ensayo, en “Constitución y Pluralismo Jurídico”. Tomo 4. Corporación Editora Nacional. Quito. 2004. p. 94.

⁶³ CRUZ Rueda, Elisa. Principios Generales del Derecho Indígena. Ensayo, en “Hacia Sistemas Jurídicos Plurales”. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá. 2008. p. 29.

⁶⁴ CRUZ Rueda, Elisa, *ibidem*. p. 31

⁶⁵ Citada por Elisa Cruz Rueda. *Id.* p. 32.

El pluralismo jurídico, de este modo, quebranta el paradigma del monopolio del Estado como creador de Derecho e inicia la superación del monismo jurídico, en cuanto convergencia en un mismo espacio geográfico de dos o más sistemas jurídicos diversos ó coexistencia e interacción de diferentes órdenes legales.

Lo expuesto nos permite destacar tres posturas con relación al tipo de relación entre sistemas jurídicos:

- 1) La que reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio territorial,
- 2) La que plantea la relación de estos sistemas en una mutua consideración de legalidades, y,
- 3) La que establece la relación de sistemas jurídicos que tratan de modo distinto un mismo objeto (por ejemplo una disputa, en la que cada sistema cuenta con principios y procedimientos diferentes para solucionarla).

Cabe así entender al pluralismo jurídico como interacción y mutua constitución de legalidades, así como aquella propuesta analítica que busca reconstruir los distintos enfoques sobre un hecho concreto.

4.2. Sistemas Jurídicos Plurales

Llegamos así al planteamiento central del pluralismo jurídico: ver al Derecho como universo policéntrico de sistemas jurídicos o formas diversas de Derecho interconectados y sobrepuestos (interlegalidad) y que pueden estudiarse según su escala, su proyección y su simbología. Precisamente ésta la razón por

la que no sólo debe abordar la existencia de sistemas normativos diversos o formas distintas de Derecho, pues que “implica también abordar su dinamismo y su complejidad en el contexto histórico de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, así como considerar la situación actual de esa relación y su impacto en la conformación del campo jurídico”⁶⁶.

Cabe precisar que refiriéndonos al derecho indígena, el pluralismo jurídico permite reconocer que el derecho positivo y éste se encuentran sustentados en valores sociales distintos pero que, al mismo tiempo, reconocen la existencia de imbricación de sistemas en que los valores culturales y la dinámica local (comunitaria) conllevan la aplicación de principios y normas de derecho positivo e indígena aparentemente similares pero distinguiéndolos entre sí.

En este contexto vale aclarar que el pluralismo jurídico se manifiesta a través de dos versiones: a) el (pluralismo jurídico) clásico que se refiere a la situación histórica producto del colonialismo, y, b) el nuevo pluralismo legal, que se relaciona con todas las formas de regulación vigente en cualquier sociedad contemporánea, como resultado de la coexistencia de ese proceso histórico y otros sistemas jurídicos paralelos tanto a nivel estatal como interestatal; por tanto “no sólo comprenden al pluralismo como un fenómeno en el que interactúan los órdenes estatales nacionales y los indígenas, sino como un proceso más complejo en el que también confluyen nuevos sistemas de arbitraje a nivel nacional e internacional, nuevos regímenes internacionales comerciales y otros de carácter macroestatal a nivel regional o continental”⁶⁷.

⁶⁶ CRUZ Rueda, Elisa. Op. Cit. P.33.

⁶⁷ Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, citados por BONILLA Urvina, Marcelo. Pluralismo Jurídico en El Ecuador. Hegemonía Estatal y Lucha Por El reconocimiento de La Justicia Indígena, Ensayo, en “Hacia Sistemas Jurídicos Plurales”. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá. 2008. p. 53.

Se ha superado la teoría clásica que identificó Estado-Nación y de las Constituciones que declararon que en un Estado hay un solo pueblo, una nación, una cultura, un idioma, una religión oficial, cambio éste que se inicia a partir de los años 90 del siglo pasado en América Latina, hecho que se armoniza con el Convenio 169 de la OIT, que reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, a que coexistan en un mismo Estado varios sistemas jurídicos, pero en un Estado pluricultural en el que se introducen instituciones nuevas como la consulta, la participación y representación de los pueblos indígenas; se reconoce como Derecho válido el que producen estos pueblos, ya no es el poder judicial el que de modo exclusivo administra justicia, también éstos tienen funciones jurisdiccionales.

4.3. Principios generales del derecho indígena

Vale advertir que el derecho indígena se relaciona con el llamado derecho consuetudinario o conjunto de normas no escritas que son observadas, en circunstancias similares, por la mayoría de los miembros de un pueblo o nacionalidad indígena, es decir se trata de un Derecho propio que proviene de su creación, reforma y actualización, que se conjuga con la aplicación de principios y criterios generales de ordenación normativa, de jerarquía y competencia.

Jorge Adame Goddard define los principios generales del Derecho como "... los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema

jurídico posible o actual”⁶⁸. El concepto sirve de referente para entender estos principios en los pueblos indígenas como aquellos éticos, sociales y de valoración (axiológicos) que tienen que ver no sólo con lo jurídico sino, en general, con la vida de la comunidad.

Los principios generales del Derecho dicen relación a las dinámicas y procesos sociales que explican lo que se entiende como justicia indígena y justifican la resolución del caso concreto frente al campo jurídico positivista que continúa sin reconocerla y pretende, por lo contrario, abarcarla como uno de sus niveles legales, dicho de otro modo, la reconoce como diferente pero en el fondo la obliga o pretende obligarla a ser igual que él.

Estos principios generales consisten en una combinación de valores éticos y morales de las comunidades indígenas que conforman un sistema jurídico-cultural en el que tales principios dan legitimidad sistémica al ejercicio de autoridad para administrar justicia. Es importante puntualizar, además, que el derecho indígena es fundamentalmente casuístico en que la administración de justicia considera puntualmente las circunstancias en que se ha dado un hecho concreto.

Elisa Cruz Rueda encuentra que estos principios generales se contraen a:

- 1) La conducta humana esté de acuerdo con “el orden social y natural”:
- 2) Que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden (v.g. respeto a la autoridad y la comunidad),
- 3) Que esas conductas ayuden a lograr la convivencia armónica (aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración); y,

⁶⁸ Citado por Elisa Cruz Rueda. Op. Cit. p.36.

- 4) Obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad y el prestigio (no necesariamente económico).

Jaime Vintimilla Saldaña⁶⁹ refiriéndose a la justicia indígena expresa, en este contexto, existir coincidencia entre derecho y justicia indígena desde que se trata de un derecho vivo y dinámico que se equipara con el valor justicia. "Se habla -dice- de sistemas jurídicos o sistemas normativos indígenas que tienen, siguiendo a Weber y Malinoswki los siguientes principios:

- 1) Autoridades legítimamente reconocidas;
- 2) Aplicación universal de la norma;
- 3) El derecho surge en el momento mismo que aparece el conflicto en la comunidad; y,
- 4) La sanción se encuentra legitimada por la fuerza de la autoridad y por la aceptación de la comunidad.

Para este investigador la justicia indígena se manifiesta como un fenómeno socio- jurídico e histórico "que reformula y adapta el derecho positivo conforme sus necesidades cotidianas y culturales, es decir, es un derecho que contempla la inter-legalidad en cada caso concreto"⁷⁰.

⁶⁹ Profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Profesor y tutor de postgrado de la Universidad Alcalá de Henares de España.

⁷⁰ Administración de Justicia Indígena en el Ecuador. Entrevista, en Novedades Jurídicas. Ediciones Legales. Año VI, Número 37, Julio 2009. p. 19.

4.4. Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena

El pluralismo jurídico, como ya se dijo, rompe con el paradigma del monopolio del Estado como único creador del Derecho y cuestiona el monismo jurídico. En este contexto, la justicia indígena es parte sustancial del pluralismo jurídico entendido como “la convergencia en un mismo espacio geográfico de dos o más sistemas jurídicos diversos o sencillamente la coexistencia o interacción de diferentes órdenes legales”⁷¹.

Vale señalar que el sistema jurídico comprende reglas o normas a las que los miembros de una comunidad someten su conducta y, claro, a las que sus autoridades ajustan sus actos y procedimientos. “Para que el Derecho sea propio de la comunidad ha de provenir de ella y para ello es obvio que las nacionalidades o pueblos indígenas tienen la facultad de crear, reformar y recrear las normas jurídicas que han de regir las relaciones de sus miembros entre ellos y de ellos con las autoridades indígenas”⁷², derecho que está reconocido expresamente en el art. 57.10 de la Constitución de la República. El reconocimiento del derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su Derecho propio conlleva el reconocimiento de sus valores y principios entre los que destacan la armonía interna, reconducir y reintegrar al infractor a la comunidad ó restablecer la amistad y la armonía entre los litigantes.

Relievamos que el precepto constitucional antes citado reconoce el derecho indígena y como tal comprende instituciones, normas, principios y valores conforme a los cuales se organiza y garantiza la convivencia pacífica de sus

⁷¹ Jaime Vintimilla Saldaña. Op. Cit. p. 20.

⁷² TRUJILLO, Julio César. Pluralismo jurídico en el Ecuador. Ensayo, en Constitución y Pluralismo Jurídico 4. Corporación Editora Nacional. Quito. 2004. P.15.

pueblos, lo que conlleva que “las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para formar un sistema de pluralidad, de autoridad pública y de pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”⁷³. Además, esa declaración constitucional da paso a la aproximación intercultural que implica el reconocimiento y respeto recíproco que permite opere la inter-legalidad, por la penetración mutua de los sistemas jurídicos estatal e indígena, en el claro entendido de que uno de los efectos del Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de recursos naturales y control y solución de conflictos a través de un Derecho que necesariamente no coincidió.

El carácter de pluralismo jurídico constitucionalmente consagra, por tanto el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”, principios y reglas de referencia que demuestran cómo debe operar la jurisdicción especial indígena.

4.5. Jurisdicción Indígena

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial”, declara el art.171 de la Constitución de la República.

⁷³ SÁNCHEZ Botero, Esther. Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas. Ensayo, en Constitución y Pluralismo Jurídico 4. Corporación Editora Nacional. Quito. 2004. p. 94.

Es necesario que puntualicemos que, al tratarse de un derecho fundamental, la aplicación del Derecho Indígena es directa, pero subordinada al respeto de los límites establecidos por la Constitución, los derechos humanos y el control constitucional respecto de las actuaciones arbitrarias o excesivas de las autoridades indígenas.

La realidad ha demostrado que el reconocimiento constitucional de la justicia indígena no se debe sólo por la ausencia del Estado en zonas rurales sino por la vigencia de sistemas de derecho consuetudinario; hay reclamo específico de la población indígena por resolver sus conflictos dentro de sus propios valores y principios, por ejemplo reconducir y reintegrar al individuo infractor a la comunidad o restablecer la amistad y armonía de sus integrantes, con su Derecho propio configurado sobre bases diferentes y orígenes distintos y dinámicos que crecen, se adaptan, incorporan usos y costumbres de otras sociedades (por ejemplo fundamentaciones de derechos humanos antes desconocidas), es decir, una realidad de pluralismo cultural y jurídico que demuestra que si es posible la convivencia pacífica de dos órdenes jurídicos diferentes en el mismo Estado.

La Constitución asume esta necesidad, es decir de la pluralidad cultural y jurídica y, lo trascendente, le da relevancia propiciando la convivencia de esa pluralidad.

Conforme el Código Orgánico de la Función Judicial, art. 150, "La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia".

Para Víctor Manuel Peñaherrera la jurisdicción consiste en "La potestad de administrar justicia en nombre del poder soberano del Estado, y de autorizar los

actos que requieren de solemnidad judicial”⁷⁴. Como la jurisdicción comprende necesariamente la facultad de hacer cumplir lo juzgado, es decir, de llevar a ejecución lo dispuesto, está por demás incluir en ese concepto la indicada facultad.

Para Jaime Guasp, “la jurisdicción o administración de justicia en sentido estricto, se define como función estatal específica, por la cual el poder público satisface pretensiones”⁷⁵.

Al reconocer la Constitución a la jurisdicción indígena la incluye dentro de esa potestad y como consecuencia del poder soberano del pueblo para administrar justicia en los asuntos que concretamente conozcan sus autoridades dentro del ámbito territorial específico, basados en sistemas de organización social, gobierno, derecho y autoridad.

El art. 150 del Código Orgánico de la Función Judicial armonizando ese reconocimiento constitucional establece que tal potestad “corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes y que se ejerce según las reglas de la competencia”. Por tanto, la potestad otorgada a los pueblos indígenas es de autonomía jurisdiccional y de autonomía legislativa (su derecho propio, dice el art. 171 de la Norma Fundamental).

Esta jurisdicción a la que podemos llamar especial hace que confluyan en las autoridades indígenas estas facultades:

⁷⁴ Citado por el Dr. Alfonso Troya Cevallos. Elementos de Derecho Procesal Civil. T. I. Pudeleco Editores S. A. Tercera Edición. Quito. 2002. p. 251

⁷⁵ Citado por Alfonso Troya Cevallos. Op.cit. p. 251.

- 1) Conocer los asuntos que, de acuerdo a las reglas de competencia, les corresponde. En esta facultad se incluye citar a las partes en conflicto, recaudar pruebas.
- 2) Resolver el asunto sometido a su conocimiento, y
- 3) Utilizar medidas de coerción que hagan efectivas sus decisiones.

Se debe tener presente que, tales facultades se las ejerce, según el precepto constitucional, conforme "normas y procedimientos propios", lo que conlleva que la forma específica que adquiera cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de los elementos culturales de la respectiva comunidad, pueblo o nacionalidad, dada su particular cosmovisión (filosofía, solidaridad, reciprocidad, consenso, paridad).

Puntualizamos que la jurisdicción indígena incluye, además del derecho a darse sus propias normas, la de designar a sus autoridades judiciales, determinar las conductas que deben ser juzgadas, las sanciones correlativas así como el ó los procedimientos de juzgamiento. Entre las sanciones se encuentran la educación de los culpables, resocialización y reinserción de los mismos, paz comunal, función reparadora, prevención disuasiva, expulsión de los incorregibles.

4.6. Competencia y territorialidad

El art 171 de la Constitución prevé que el ejercicio de la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas será "dentro de su ámbito territorial".

Cabe tener presente que la competencia es la jurisdicción limitada, o el ejercicio limitado de la jurisdicción, "es decir el poder o facultad de administrar justicia, de ejecutar lo juzgado o de intervenir en la solemnización de los actos, pero solamente respecto a ciertas materias, personas, territorio, cuantía o grados"⁷⁶. La jurisdicción, que se la ejerce por mandato del poder soberano del pueblo en asuntos concretos, se distribuye entre los órganos llamados a hacerlo en razón del territorio, de las cosas o materia, de las personas y los grados, art. 156 del Código Orgánico de la Función Judicial. Mientras la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar, la competencia encarna su ejercicio práctico en cuanto potestad específica para cierto ámbito, por ello que juez competente es aquel que actúa dentro de la circunscripción territorial, en la materia y cuantía y que le corresponde según el grado a que pertenece y respecto a las personas que le están sometidas.

La competencia de las autoridades indígenas está establecida, entonces, por el territorio y por las personas.

4.6.1. El territorio

Cabe distinguir entre el concepto "tierra" y aquel de "territorio". A la tierra se la entiende como la porción material, el espacio físico, en el que se realizan actividades humanas; en tanto que el territorio, "abarca a la tierra, pero incluye otros elementos y atributos, como el espacio físico, pero también el poder y por consiguiente el control de los recursos humanos y materiales (como los biológicos y minerales suelo y subsuelo).⁷⁷ De modo claro encontramos que, así entendido el concepto de territorio, se conforma por

⁷⁶ COELLO García, Enrique. Sistema Procesal Civil. Jurisdicción y Competencia. T. I. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Primera Edición. Cuenca. 1991. p. 65)

⁷⁷ CRUZ Rueda, Elisa. Op. Cit. p. 45.

elementos políticos, económicos, sociales y culturales que le dan un valor distinto al que tiene una porción del espacio físico (tierra), lo que da como resultado la posibilidad del ejercicio del poder de quien tiene su posesión y control, y así debemos entender el derecho que consagra el art. 57.9 de la Constitución de la República a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas:

“Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”.

Dejamos claro que, esas comunidades, pueblos y nacionalidades, forman parte del Estado Ecuatoriano, único e indivisible, como lo proclama el art. 56 de la Carta Fundamental, por lo que, el territorio en el que ejercen autoridad las autoridades indígenas no contraría al contenido del art. 4 de la Ley Fundamental, cuanto más, si para efectos de su competencia, se ha de entender al territorio indígena como “... el horizonte espacial en el que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y sus relaciones de poder”⁷⁸.

El aspecto territorial, por tanto, es referente para entender las dinámicas jurídicas y políticas entre el Estado y los pueblos indígenas y, por supuesto, de éstas entre sí.

Pero, vale decirlo, el constreñimiento de la competencia de la autoridad indígena “a su ámbito territorial”, no se encuentra definido de modo claro, es decir, cuáles son los territorios indígenas en los que administrará justicia.

⁷⁸ CRUZ Rueda, Elisa. Ibidem. p. 45

La competencia, así explicada, se la ejerce en estos pueblos: primero, a nivel familiar, con la intervención de los padres, abuelos, padrinos, ancianos, cuando los problemas no pasan de tener connotación doméstica, y, a nivel comunitario, que en un primer nivel los soluciona el cabildo, asuntos de linderos, agresiones físicas, sustracción de bienes, y, cuando los problemas tienen connotación de graves, interviene la asamblea que la integra la comuna indígena.⁷⁹

4.6.2. Las personas

Este es uno de los aspectos más controvertidos, a quiénes imparte justicia la autoridad indígena?, sólo a los miembros del colectivo, de la comuna ó también a terceros extraños que se han vinculado jurídicamente con aquellos?. La aplicación de la justicia indígena, conforme el precepto constitucional, art. 171, es respecto de aquellos que vivan “en su ámbito territorial” y debiéndose tener presente que es “para la solución de sus conflictos internos”. Siendo así se limita su aplicación a lo que, la antropología jurídica conoce como “conflictos intraétnicos”, es decir sólo para los miembros del mismo grupo étnico⁸⁰, esto es aquellos que conforman las comunidades indígenas, a las que la legislación colombiana caracteriza como:

“Conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y

⁷⁹ Ref: Dr. Jaime Vintimilla Saldaña. Entrevista cit.

⁸⁰ Ref: MONTAÑA Pinto, Juan. Ensayo, en Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. .Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1ra. Edición. V&M Gráficas. Quito. 2008. p 211).

valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales”⁸¹

En este aspecto, que consideramos de suma importancia, desde que aproximadamente el 10% de los ecuatorianos son y se autodefinen como indígenas, cabe precisar que en aquellos territorios de mayoría indígena, viven también mestizos pero que como habitan en tales territorios deberían sujetarse a las normas y procedimientos indígenas.

Asimismo, no nos queda duda que el fuero indígena establece que un sujeto transgresor debe ser juzgado conforme las normas y procedimientos de su comunidad, como lo han hecho en casos anteriores, con fundamento en las tradiciones que les sirven de sustento a la cohesión social, siempre que el suceso haya ocurrido dentro de su territorio, caso en que la autoridad tradicional adquiere plena competencia, pero respetando el marco de los derechos humanos, fundamentalmente el respeto a la vida y a la integridad física y la prohibición de la tortura. Pero, si la conducta asumida por el indígena trasciende los límites del territorio y afecta, es lesiva de derechos de quien o quienes no son miembros de la comunidad, sólo cabe que esa conducta sea sancionada exclusivamente por los operadores jurisdiccionales nacionales y conforme el ordenamiento nacional, observándose lo que al respecto manda el Código Orgánico del Función Judicial y que precisaremos más adelante.

4.7. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho de los Pueblos Indígenas

Este Convenio es reconocido como el instrumento internacional que cristaliza la política multicultural de reconocimiento a la diversidad, que propende

⁸¹ Art. 2 del Decreto 2001 de 1988.

porque se garanticen los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas, obliga a los Estados que lo ratifican implementar medidas para la conservación cultural de las minorías nacionales, se reconozca la autonomía en sus territorios así como ofrecer etnoeducación a los miembros de las comunidades. En lo que hace relación a nuestra investigación, presenta la posibilidad de establecer jurisdicciones propias de las comunidades.

Ha sido ratificado por los países latinoamericanos en este orden: México en 1990, Colombia en 1991, Bolivia en 1991, Costa Rica en 1993, Paraguay en 1993, Perú en 1994, Honduras en 1995, Guatemala en 1996, Ecuador en 1998, Argentina en el 2000, Venezuela en 2002 y Brasil asimismo en 2002. Hecho que ha generado un enorme impacto en el proceso de reformas constitucionales que las inicia Bolivia aun antes de su ratificación, en 1967, con el constitucionalismo multicultural en la región y que contempla la existencia de la jurisdicción indígena y el derecho a disponer de un territorio y los recursos naturales que en él se encuentren.

Es ésta la razón por la que este instrumento internacional de derechos humanos es el, más importante para los movimientos indígenas, que en el caso del Ecuador ayudó en la formulación del Proyecto Político de la CONAIE que, en cuanto a su autonomía señala:

“Es la capacidad de decisión y control propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en nuestros territorios en el orden administrativo, jurídico, político, económico, social y cultural con la existencia y reconocimiento de las autoridades propias en coordinación con las autoridades centrales. Ser

autónomos o aspirar a serlo no significa el aislamiento, separación o rechazo a otros sectores de la población”⁸²

Cierto que otros instrumentos internacionales tales como la Declaración Sobre los Derechos Indígenas de las Naciones Unidas, la Declaración de la OEA Sobre Derechos Indígenas, asimismo son importantes para la reivindicación indígena, pero ninguno de ellos ha llegado a tener la calidad de vinculante que la tiene ese Convenio, por lo que su efecto es que una vez ratificado por el país que lo ha suscrito pasa a formar parte de su ordenamiento interno, en el caso del Ecuador con jerarquía supra legal, art.425 de la Constitución.

Consideramos Puntos fundamentales del Convenio:

Los indígenas se definen según el criterio de autoidentificación y los Estados signatarios se comprometen a asegurar la igualdad de derechos sociales, económicos y culturales de todos los indígenas dentro de su jurisdicción.

Se garantizará a los indígenas su plena participación en el diseño, implementación y evaluación de planes nacionales y regionales de desarrollo que les puedan afectar (artículo. 7).

Los gobiernos asegurarán el respeto para las normas, prácticas, derecho e instituciones consuetudinarios, mientras no sean incompatibles con los derechos básicos establecidos en el derecho nacional e internacional (artículo 8).

⁸² LEMA, María Mercedes. “El Sistema del Derecho Indígena En El Ecuador”. Imprenta de la Corte Suprema de Justicia. 2007. p. 133.

Los gobiernos también deben garantizar los territorios y tierras tradicionales de los pueblos indígenas. Dada la importancia de la tenencia de la tierra para la sobrevivencia de las culturas indígenas, el artículo 13 incluye el concepto de territorio lo cual se refiere no solamente a la tierra agrícola, sino al ejercicio de facultades en lo jurídico, cultural, social y económico.

4.8. La Constitución de la República del Ecuador

Queremos en este apartado contextualizar el Convenio 169 de la OIT con el bloque en que la Ley de Leyes reconoce los siguientes componentes de la justicia indígena:

- a) Se hace referencia a Función Judicial y Justicia Indígena en conjunto;
- b) Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen autoridades propias;
- c) Tales autoridades ejercen funciones jurisdiccionales;
- d) Ejercicio del Derecho propio con fundamento en sus tradiciones ancestrales;
- e) Territorialidad;
- f) Garantía de participación y decisión de las mujeres;
- g) Normas y procedimientos propios de las nacionalidades indígenas;
- h) Solucionan asuntos internos;
- i) Límites de la jurisdicción especial: su conformidad con la Constitución y los derechos humanos;

- j) Las decisiones de las autoridades indígenas tienen el respaldo de las instituciones y autoridades públicas;
- k) Control de constitucionalidad (a través del recurso extraordinario de protección contra las decisiones de las autoridades indígenas);
- l) Necesidad de una ley que desarrolle la cooperación y coordinación entre jurisdicción legal (nacional) y jurisdicción indígena.

4.9. Estudio del Título Octavo del Capítulo Tercero del Código Orgánico de la Función Judicial:

4.9.1. Ámbito de la Jurisdicción Indígena. Art. 343.

El Código fue expedido por la Asamblea Nacional el 4 de marzo de 2009 y publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 1596 de 9 de marzo del mismo año. Reconociendo la interlegalidad, su Capítulo III, Título VIII regula las relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria.

El art. 343 que trata del Ámbito de la Jurisdicción Indígena, transcribe el texto íntegro del artículo 171 de la Constitución, al que incluye este párrafo: "No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres". Si bien, como hemos visto, la justicia indígena se sustenta en su tradición ancestral, en su cosmovisión y filosofía, la protección de los derechos de la mujer indígena se enmarca en el contexto del art. 57.10 asimismo de la Constitución, en cuanto la aplicación del derecho propio no podrá vulnerar derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes.

El art. 8 del Convenio 169 de la OIT limita, de igual modo, el ejercicio de la jurisdicción indígena a no transgredir la legislación nacional e internacional de los derechos humanos.

4.9.2. Principios de la Justicia Intercultural. Art. 344.

Conforme Robert Alexy, los principios “son mandatos de optimización. Al así decirlo, se refuerza la idea de que ellos son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas⁸³, son normas abstractas porque pueden servir de parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica.

Desde el campo procesal, representan un criterio o idea fundamental que configura, inspira y determina una institución o materia, reflejan los valores reconocidos por el ordenamiento jurídico de acuerdo con las normas culturales y de convivencia político social de cada época histórica; en efecto, aquellos del mundo antiguo de Grecia y Roma fueron diferentes a los dogmáticos de la Edad Media, que se sustentaron en el proceso inquisitivo con las características propias de la inquisición y del Santo Oficio, infamantes y contrarios a la dignidad humana. Estos, a su vez, fueron completamente antagónicos a los de la Revolución Francesa que dio paso a la nueva codificación basada en el racionalismo que propugnó que no se requiere de interpretaciones para resolver los conflictos, sino de normas claras inspiradas en la razón, por lo que su aplicación podría encargarse a ciudadanos de buena fe y con cierta cultura, antes que a concedores del Derecho.

⁸³ Citado por Ramiro Ávila Santamaría, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Ensayo, en La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ramiro Ávila Editor. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. V&M Gráficas. Quito. 2008. p. 40.

Los principios jurídicos conforman buena parte de la doctrina y la teoría general del proceso y son capítulos fundamentales del Derecho Procesal.

El precepto legal en estudio manda que las y los operadores jurisdiccionales en sus actuaciones y decisiones, así como los fiscales y funcionarios públicos observarán estos principios:

- a) **Diversidad.**- “Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural” .

El precepto, de modo imperativo, propicia la aproximación intercultural que implica reconocimiento y respeto para que opere la inter-legalidad, ante un caso concreto de procesamiento y decisión contra indígenas y por jueces o autoridades administrativas estatales u ordinarias, como consecuencia inevitable de la cohabitación de varias culturas en el mismo territorio, superando de este modo un problema de la antropología política que trata del dominio monocultural y del poder.

Cabe tener presente que uno de los efectos del Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas en el control y solución de conflictos, principios, estructura y enfoque de un derecho que necesariamente no coincidía con la identidad étnica y cultural indígena, por lo que la norma en comentario prevé un tratamiento diferenciado cuando la conducta llevada a cabo por el indígena trasciende el límite del territorio y afecta a quien no es miembro de la comunidad.

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán entre varias medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

Se ha pasado de la idea de una definición monocultural de los derechos humanos, hacia su interpretación no sólo intercultural, sino a una que se ve obligada, por el reconocimiento constitucional de la igualdad de las culturas y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, a garantizar el debido proceso, derecho de protección como lo llama la Constitución, art. 76, en los casos en que sean sujetos procesales ciudadanos indígenas.

c) Non bis in idem.- “Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional”.

Este precepto legal consideramos de fundamental importancia en la realización del pluralismo jurídico y el reconocimiento de la justicia indígena.

En principio, se refiere a una garantía de recepción universal y que ha venido siendo parte de nuestro sistema procesal penal, se manifiesta en cuanto no procede aplicar dos penas por una misma infracción ni acusar una segunda vez por el mismo hecho. Este principio traducido al español significa no dos

veces por igual causa, vale decir no cabe sino un solo, único proceso. Su equivalente en lo civil es la excepción perentoria de cosa juzgada.

Sustancialmente la norma viene a eliminar la tensión permanente que ha venido dándose entre justicias ordinaria e indígena y de la que diera cuenta el Informe Alternativo Sobre el Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT⁸⁴, en su segmento dedicado al derecho indígena una de sus conclusiones señala: “La mayoría de operadores de justicia del sistema ordinario no reconocen la vigencia de los sistemas de derecho indígena; tampoco se interesan en conocerlos e igualmente no aplican las normas del Convenio N°. 169 de la OIT y los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sus acciones”. En este informe se puntualiza que la Constitución vigente a esa fecha, de 1998, incorporó los principios y normas de ese Convenio en su art. 191, reconociendo los sistemas consuetudinarios de derecho de los pueblos indígenas y la competencia de sus autoridades para ejercer justicia aplicando procedimientos propios “siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a las leyes”.

El informe puntualiza cómo los jueces ejercitan prácticas de deslegitimización de la justicia indígena, es decir, casos concretos en que las resoluciones de justicia de las autoridades indígenas son sistemáticamente desconocidas y anuladas por la justicia ordinaria, contradiciendo así la norma constitucional.

Ayuda a este conocimiento la tesis de maestría “Jurisdicción Especial y su Respeto en la Jurisdicción Estatal” (Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito) presentada asimismo en el año 2007 por su autor Raúl Llasag Fernández que estudia a profundidad cinco casos de justicia indígena impartidas en las comunidades de Tuncarta (provincia de Loja), Gallo Rumi (provincia del

⁸⁴ FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América. 2007.

Cañar), Yanzatpuzan (provincia de Tungurahua), La Cocha (provincia de Cotopaxi) y Asociación de Indígenas "La Unión de Venecia" (provincia de Napo), las cuatro primeras comunidades pertenecen a la nacionalidad kichwa, región andina, y la última a la región amazónica.

Los estudios de caso de LLasag Fernández asimismo demuestran la reiteración de la justicia ordinaria en desconocer lo resuelto por la justicia especial indígena.

El caso paradigmático es el de la comunidad La Cocha en que el fiscal distrital, ahora provincial, del Cotopaxi, desconoce la decisión del tribunal indígena, el informe alternativo de la OIT indica al respecto:

"... fruto de las investigaciones se identificó a los señores ... como los autores de la muerte. El domingo, en Asamblea General (que contó con la presencia de 5.000 personas aproximadamente), los culpables fueron sancionados "de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad, a baño en agua fría con ortiga, a consejos, y se fijó una indemnización por el monto de seis mil dólares a ser entregada a los huérfanos y la viuda del occiso".

El fiscal distrital, como se dijo, desconoce la decisión de la Asamblea de esa comunidad y manda iniciar acción penal contra los tres implicados. El Informe resalta que esta intervención del fiscal contradice a la Constitución y al Convenio 169 de la OIT que reconocen la vigencia de la justicia indígena en cuanto no vulnere los derechos humanos.

El 2 de septiembre de 2002 el Juez Segundo de lo Penal del Cotopaxi Dr. Carlos Poveda, declara la existencia de la justicia indígena y, por tanto, válido lo actuado por la Asamblea General de La Cocha, el Informe en mención dice

“El Juez dictaminó la nulidad de todo lo actuado por el fiscal, en virtud de que las acciones conocidas fueron juzgadas de conformidad a lo que dispone el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador y tomando en cuenta lo establecido en el Convenio No. 169 de la OIT”. Además, el juez fundamenta su decisión en que “nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa”, art. 24.16 de la Constitución entonces vigente.

El fiscal apeló de esta resolución, y el superior jerárquico, fiscal distrital, formalizando el recurso ante la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi expuso (según el Informe de nuestra referencia):

“... Compete únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito de justicia del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en el honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. Non bis in idem es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas. Tanto en derecho de prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley”.

Vale señalar que la Corte de Justicia de Cotopaxi aceptó el recurso, revocó la nulidad declarada por el Juez Dr. Poveda, quien fue objeto de destitución por el Consejo de la Judicatura, sanción que luego fue modificada por la suspensión de tres meses sin sueldo.

La antropología jurídica observa en este acto, que deslegitima la justicia indígena, “una visión del mundo monocultural que forma parte de la cultura dominante y mayoritaria”.

d) Pro jurisdicción indígena.- “En casos de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible”.

La Constitución Ecuatoriana, art. 31, establece como uno de los deberes primordiales del Estado “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”; en tanto que, entre los principios de aplicación de los derechos, el art. 11.9 prevé que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Recordemos que el derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales por las autoridades indígenas es derecho fundamental y, como tal, de directa e inmediata aplicación, art. 11.3 asimismo de la Ley Fundamental. Uno de los puntos nuevos y altamente positivos que ya previó la Constitución de 1998 en su art. 18 inciso primero, es el que dice relación a que los derechos fundamentales, aquellos consagrados en el texto constitucional, no requieren de otras normas para su efectiva aplicación, es decir son de directa e inmediata aplicación, principio de interpretación desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos conocido como self executing, por tanto no es menester que se dicten normas internas, de adecuación legislativa, que permitan su aplicación.

El derecho a la jurisdicción especial de los pueblos indígenas es, por tanto, de directa aplicación, y es deber del Estado respetar y hacer respetar su efectivo goce.

Además, la norma en comentario, en el contexto tutelar de este derecho, acoge otro principio de interpretación asimismo de los derechos humanos,

que debe primar en el ámbito de los derechos y garantías que consagra la Constitución, esto es deben interpretarse de la manera que más favorezca su efectiva vigencia, así lo manda su art. 11.5, principio al que se lo identifica como pro homine o favor libertatis, a favor del hombre, a favor de la libertad.

Tiene aplicación este principio al disponer el precepto legal que, en caso de duda de ejercicio de la jurisdicción ordinaria y la especial indígena, se prefiera la segunda precisamente para efectos de lograr su autonomía y consolidación.

e) Interpretación intercultural.- “En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, se interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio ...”

El precepto está concebido en clave cultural. Cabe tener presente que el derecho consuetudinario o ancestral de los pueblos indígenas estructura y da sentido a aspectos relacionados a la estructura viviente de la comunidad, “define quiénes son sus propios miembros, quiénes y de qué modo son parientes, cómo es la estructura familiar; fija el sistema legal para la descendencia, el de propiedad y posesión, los intercambios obligatorios, lo cual en ocasiones choca con visiones, principios y reglas trazadas por el derecho estatal”⁸⁵.

Precisamente el posible choque cultural de esos dos sistemas de derecho requiere del esfuerzo para entender sus significados profundos, entraña la necesidad de tornar compatibles esos principios, reglas y visiones distintos

⁸⁵ SÁNCHEZ Botero, Esther. Op.cit. p. 97.

para, en una ponderada y razonable interpretación, no menoscabar los derechos en juego.

4.9.3. Declinación de Competencia. Art. 345.

“Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido...”

En el evento de que jueces de la justicia ordinaria conozcan de un controvertido que esté siendo materia de tratamiento por autoridades indígenas, aquellos, de modo imperativo deben abstenerse de continuar sustanciando el caso, el que debe ser archivado y el expediente remitido a la autoridad indígena que ha reclamado su competencia. Dicho de otro modo, no cabe se prorrogue la competencia en juez común porque en este evento la tiene de modo excluyente la autoridad indígena que solo la tiene que reclamar para que de modo obligado el juez decline su competencia.

Esta disposición legal la ubicamos dentro de la pro justicia indígena, pues para lograr su autonomía, ésta prevalece sobre la ordinaria. Cabe tener presente que la facultad de administrar esa justicia especial se la debe hacer aplicando “normas y procedimientos propios” lo que implica una forma específica en los procedimientos que deben adelantar para llegar a una decisión, sus usos y costumbres, la forma misma de la decisión y la manera cómo lograr su cumplimiento, manteniendo la integridad étnica y cultural.

Rompiendo el modelo hegemónico y monocultural “las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de

una sociedad mayoritaria, para crear un sistema de pluralidad de autoridad pública y de pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”⁸⁶.

4.9.4. Promoción de la Justicia Intercultural. Art. 346.

“El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria...”

En los países iberoamericanos el poder judicial ha recibido, alternativamente, como si se tratara de sinónimos los nombres de función judicial y administración de justicia, según se resalte su parte orgánica o funcional. La Constitución vigente separa estas nociones, la primera para describir el aparato estatal de justicia y la segunda para designar la potestad general de impartir justicia.

El abandono de esta sinonimia tiene por objeto reconocer, constitucionalmente, el pluralismo jurídico propio del Ecuador y sin sacrificar el principio liberal de unidad jurisdiccional. El art. 167 prevé: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”, en consecuencia, la administración de justicia es atribución que puede ser ejercida no sólo por el Estado, a través de sus órganos y funciones, sino también por los sujetos de derecho como son los pueblos y comunidades indígenas y las personas individualmente consideradas.

⁸⁶ SÁNCHEZ Botero, Esther. Op. Cit. p. 94.

De este modo, la Constitución se ubica dentro del nuevo paradigma constitucional o nuevo constitucionalismo latinoamericano que, partiendo del reconocimiento del carácter plurinacional y pluricultural de los Estados, en el caso del Ecuador hace un reconocimiento explícito del derecho y justicia indígenas como justicia válida y sin que, aclaremos, esto signifique sea justicia estatal o tenga relación jerárquica de dependencia con la justicia judicial ordinaria, corresponde al Consejo de la Judicatura adecuar los organismos necesarios para la eficiente relación de estas dos justicias.

Se ha resaltado por los defensores del pluralismo jurídico caracterizándolo por la tendencia a sustituir las clásicas relaciones de subordinación normativa, por relaciones basadas en la cooperación y coordinación y reemplazando la coerción vertical por la de reciprocidad y entendimiento horizontal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones:

1.- La diversidad étnica, de pueblos, crea la necesidad de tener diversos sistemas jurídicos y en adecuada convivencia, desde que existen diversos derechos y es necesario su mutuo reconocimiento.

2.- Cabe precisar que la visión colectiva de lo jurídico no se concibe de modo aislado, sino como parte de la estructura social.

3.- Los pueblos y comunidades indígenas, culturalmente diferentes, tienen, conforme el texto constitucional, ordenamientos jurídicos propios y el derecho a conservar sus instituciones y formas de organización social.

4.- El Estado monocultural ha provocado distorsiones en los valores, tradiciones, instituciones, régimen familiar, social y económico de los pueblos indígenas, por lo que la aproximación intercultural en cuanto reconocimiento y respeto al derecho consuetudinario indígena es consecuencia del pluralismo cultural y jurídico.

5.- Las familias culturales diferentes exigen reconocer su derecho consuetudinario. La reafirmación identitaria, el desarrollo lingüístico, la ampliación de los ámbitos de aplicación, permiten construir ciudadanía

mediante el ejercicio del derecho y permiten proteger a los indígenas de las arbitrariedades a las que han sido sometidos.

6.- El reconocimiento de la justicia indígena rompe el paradigma del monopolio del Estado como creador de Derecho e inicia la superación del monismo jurídico.

7.- Se hace necesaria una legislación pertinente y oportuna que ponga los límites necesarios al accionar de las autoridades comunitarias o indígenas.

8.- La realidad jurídica ecuatoriana nos muestra la existencia de no solo diferentes jurisdicciones, sino distintas justicias y sistemas de derecho.

9.- El reconocimiento del pluralismo jurídico es uno de los elementos más importantes del nuevo modelo constitucional que se viene desarrollando en América Latina en los últimos veinte años y fundamento básico del nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

10.- La legislación especial indígena se viene desarrollando como una medida de discriminación positiva favorecedora del principio de igualdad, está compuesta por los Convenios y Tratados Internacionales que regulan derechos de los pueblos indígenas y otros grupos étnicos, por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales que benefician a los pueblos indígenas, y, por los sistemas jurídicos propios válidamente aplicables en los territorios indígenas y que están integrados por normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos, y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada uno de estos pueblos.

11.- El desconocimiento de la realidad socio-jurídica ha hecho que se llame justicia indígena a expresiones ajenas a los valores comunitarios propios de los pueblos indígenas, y,

12.- El Derecho Indígena es un derecho híbrido donde lo comunitario propio se ha unido con las normas del derecho positivo histórico.

Recomendaciones:

1.- Es de necesidad urgente se defina de forma clara cuáles son los territorios indígenas en los que se ha de aplicar la jurisdicción especial, pues la aplicación de la justicia como expresión del derecho propio se expresa en un escenario concreto.

2.- Debe regularse el control constitucional de las actuaciones arbitrarias o excesivas de las autoridades indígenas, pues que la justicia comunitaria obedece a una racionalidad.

3.- Es necesaria la implementación de las normas del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 así como las de la Constitución de la República, pues se debe estudiar y aplicar el derecho internacional de los pueblos indígenas o derecho consuetudinario internacional.

4.- Es fundamental la formación de autoridades judiciales e indígenas con una visión intercultural que les permita establecer criterios de coordinación mínimos y superar limitaciones que logren encontrar medios de equilibrio y armonización de las dos formas de hacer justicia, tomando como referente y límite los derechos humanos.

5.- Se debe implementar en las Facultades de Jurisprudencia el estudio de la Sociología y Antropología Jurídicas y la comprensión del derecho consuetudinario, y,

6.- Se debe especificar las competencias materiales de la jurisdicción especial indígena, ámbitos de aplicación y los criterios de coordinación entre los diversos sistemas.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO Wilhelmi, Marco. Derechos: enunciación principios de aplicación. Ensayo, en *"Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva"*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Tribunal Constitucional. Quito, Ecuador. Octubre 2008.

AVALOS Magaña, Sergio y MADRIGAL Martínez, César. "Hacia una antropología jurídica de la modernidad". Artículo, en *Episteme* No. 6 Año 2. Universidad del Valle de México. México DF. Octubre - Diciembre 2005.

ÁVILA Santamaría, Ramiro. Los Principios de Aplicación de los Derechos. Ensayo, en *"La Constitución del 2008 en el Contexto Andino"*. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ramiro Ávila Editor. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. V&M Gráficas. Quito, Ecuador. 2008.

BONILLA Urvina, Marcelo. Pluralismo Jurídico en El Ecuador. Hegemonía Estatal y Lucha Por El reconocimiento de La Justicia Indígena, Ensayo, en *"Hacia Sistemas Jurídicos Plurales"*. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, Colombia. 2008.

BORJA Jiménez, Emiliano. Estado de la cuestión de la antropología jurídica en el Ecuador. Ensayo, en *"Constitución y Pluralismo Jurídico"*. Fernando Flores Giménez. Coordinador. Tomo 4. Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador. 2004.

BUSTAMANTE Soldevilla, Minda. "Normatividad y aceptación de los principios del Pluralismo Jurídico en la Justicia Ordinaria del Perú". Ponencia. Lima, Perú. 2008.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I. 17ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1981.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II. 17ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1981.

CARILLLO, Ricardo. Movimientos Sociales y Hegemonía. Ensayo, en "*Movimientos Sociales, Políticas de Seguridad y Democracia*". Universidad Andina Simón Bolívar. Revista: Aportes Andinos N° 6. Quito, Ecuador. Julio 2003.

CHENAUT González, Victoria. "*Género y Justicia en la Antropología Jurídica en México*". Papeles de Trabajo N°. 15. Buenos Aires, Argentina. Diciembre 2007.

COELLO García, Enrique. *Sistema Procesal Civil. Jurisdicción y Competencia*. T. I. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Primera Edición. Cuenca, Ecuador. 1991.

Constitución de la República del Ecuador. 1998.

Constitución de la República del Ecuador 2008. Asamblea Nacional. Comisión Legislativa y de Fiscalización. Publicado en el Registro Oficial 20 de Octubre de 2008.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza.

CRUZ Rueda, Elisa. Principios Generales del Derecho Indígena. Ensayo, en *"Hacia Sistemas Jurídicos Plurales"*. Konrad Adenauer Stiftung. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá, Colombia. Octubre de 2008.

D'ABBACCI Kreutzer, Guillermo Alejandro. "Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural. (La supervivencia y el diálogo de las diferencias)". *Programa Andino de Derechos Humanos: Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena*. UASB. Quito, Ecuador. 2007.

ESPINOZA Altamirano, Walter. "El genoma humano y sus implicancias jurídico penales dentro de la antropología jurídica". Tesis maestría en Derecho. Mención Ciencias Penales; en *"Tesis digitales UNMSM"*. Lima, Perú. 2003.

Disponible en:
http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Human/Espinoza_AJ/enPDF/T_completo.PDF

FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América. 2007.

FLORES Giménez, Fernando. Coordinador. Pluralismo jurídico, interculturalidad y derechos humanos indígenas. *"Constitución y Pluralismo Jurídico"*. Tomo 4. Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador 2004.

GARCÍA, Fernando. Estado de la cuestión de la antropología jurídica en Ecuador. Ensayo, en *"Constitución y Pluralismo Jurídico"*. Fernando Flores Giménez. Coordinador. Corporación Editora Nacional. Tomo 4. Quito, Ecuador. 2004.

KORSBAEK, Leif. La Antropología y el estudio de la Ley. Ensayo, en *"Ciencia Ergo Sum"*. Revista Científica Multidisciplinaria de la Universidad Autónoma del Estado de México. Volumen 9. México DF. Marzo 2002.

Disponible en:

<http://ergosum.uaemex.mx/marzo02/ppmar02.html>

LACHENAL, Cécile. Las pericias antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Ensayo, en *"Hacia Sistemas Jurídicos Plurales"*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, Colombia 2008.

LEMA, María Mercedes. *"El Sistema del Derecho Indígena En El Ecuador"*. Imprenta de la Corte Suprema de Justicia. Quito, Ecuador. 2007.

LLASAG Fernández, Raúl. "Plurinacionalidad: Una propuesta constitucional emancipadora". En: *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ramiro Ávila Santamaría. Coordinador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador. 2008.

LÓPEZ, Albertina. *"Curso sobre el Derecho y la Legislación de Guatemala en torno al Proceso Penal"*. Capítulo 7: Derecho Penal. Cotejo de Documentos. Guatemala. 2009. Disponible en: <http://www.mailxmail.com/curso-guatemala-derecho-penal-6/derecho-penal-cotejo-documentos>.

MAORTUA Álvaro. En: <http://www.arbil.org/%2833%29maor.htm>. [s.a.]

MERAZ, Andrea. Comentario del libro "Sobre Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el estudio del Derecho de Esteban Krotz". México. Julio de 2005.

Disponible en:
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01260741210140521880035/019233.pdf?incr=1>

MONTAÑA Pinto, Juan. Ensayo, en *Desafíos Constitucionales*. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1ra. Edición. V&M Gráficas. Quito, Ecuador. 2008.

PADILLA Guillermo. La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico. Ensayo, en "*Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*". Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, Colombia. 2008.

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Ensayo, en "*La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*". CELS. Editores del Puerto. 1998. Buenos Aires, Argentina.

SALGADO Pesantes, Hernán. Los Derechos Humanos en el mundo de hoy. Ensayo, en "*Guía de Litigio Constitucional*". Tomo II. Compilación de conferencias del curso de litigio constitucional. CLD. Quito, Ecuador. 2001.

SÁNCHEZ Botero, Esther. Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas. Ensayo, en "*Constitución y Pluralismo Jurídico 4*". Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador. 2004.

SÁNCHEZ, Esther. Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia. Ensayo, en "*Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*". Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, Colombia. 2008.

SÁNCHEZ PARGA, José. "*Filosofía y Racionalidad Andina*". Centro Andino de Acción Popular. (CAAP). Primera Edición. Quito, Ecuador. 1993.

TROYA Cevallos, Alfonso. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. T. I. Pudeleco Editores S. A. Tercera Edición. Quito, Ecuador. 2002.

TRUJILLO, Julio César. Pluralismo jurídico en el Ecuador. Ensayo, en *Constitución y Pluralismo Jurídico* 4. Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador. 2004.

UNESCO. *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*. Conferencia Mundial. 26 de julio – 6 de agosto de 1982.

VALIÑA, Liliana. El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Ensayo, en "*La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*". CELS. Editores del Puerto. 1998. Buenos Aires, Argentina.

VILLORO, Luis. UNMSM. *La Racionalidad Andina en el Sistema Jurídico Peruano*. Lima, Perú. Noviembre 1997.

Disponible en:
http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1997_n1/La_Rac_And_Sist_Jur.htm.

VINTIMILLA Saldaña, Jaime Rafael. "Administración de Justicia Indígena en el Ecuador". Entrevista para la Revista "*Novedades Jurídicas*". Ediciones Legales. Número 37. Quito, Ecuador. Julio de 2009.

WALSH, Catherine. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". Publicación mensual del *Instituto Científico de Culturas Indígenas*. Año 4, N°. 36. Marzo de 2002.

WALSH, Catherine. Ponencia presentada en el "*Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena*", Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Febrero de 2002.

WEBER, Max. "*La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*". Ediciones Tiempos Nuevos. Lima, Perú. 1980.

WORLD WIDE WEB:

- BROWN R. y Collingwood. Citados en: es.wikipedia.org/wiki/Cultura. [s.a.]
- http://es.wikipedia.org/wiki/Antropolog%C3%ADa_jur%C3%ADdica. [s.a.]
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art8.htm>. México, 1994. [s.a.]
- http://www.wanamey.org/articulos/cosmovision_andina.htm. Perú, 2002. [s.a.]

YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Ensayo, en *"El Otro Derecho"*, número 30. Editorial ILSA. Bogotá, Colombia. Junio de 2004.

YRIGOYEN Fajardo, Raquel. Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Especial en el Perú. Ensayo, en *"XII Congreso Internacional sobre Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal"*. Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá. 2000.

ANEXOS

ESQUEMA DE MONOGRAFÍA

Director Sugerido: Dr. Jaime Ochoa Andrade.

- **Titulo de la Monografía:** El Convenio 169 de la OIT: Su recepción en el Derecho Interno Ecuatoriano.
- **Importancia y Justificación:**

El movimiento indígena desde hace varios años, viene sosteniendo la tesis del pluralismo étnico, cultural y jurídico. En efecto, reclama la revisión del modelo de Estado monocultural para cambiarlo, al menos en lo jurídico, en uno pluricultural. Las comunidades indígenas plantean ser respetadas, mantenerse y fortalecerse como pueblos distintos y autónomos. En efecto, el Proyecto Político de la CONAIE en cuanto a su autonomía señala que “Es la capacidad de decisión y control propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en nuestros territorios en el orden administrativo, jurídico, político, económico, social y cultural con la existencia y reconocimiento de las autoridades propias en coordinación con las autoridades centrales. Ser autónomos o aspirar a serlo no significa el aislamiento, separación o rechazo a otros sectores de la población”⁸⁷.

El principio de la pluralidad en lo jurídico se debe fundamentar a partir del hecho que muchas de las comunidades indígenas tienen un particular entendimiento y expresión del Derecho, en su cosmovisión (filosofía, solidaridad, reciprocidad, consenso, paridad) diversos pueblos deben tener diversos sistemas jurídicos, en adecuada convivencia, desde que existen

⁸⁷ Dra. María Mercedes Lema. El Sistema del Derecho Indígena en el Ecuador. Imprenta de la Corte Suprema de Justicia. 2007. p. 133.

diversos derechos y es necesario su mutuo reconocimiento. Cabe adicionar que su visión colectiva de lo jurídico no se concibe aisladamente sino como parte de toda la estructura social.

La Constitución Política del Ecuador de 1998⁸⁸ reconoció a las autoridades indígenas la facultad de ejercer funciones de justicia para la solución de conflictos internos “aplicando normas y procedimientos propios... de conformidad con sus costumbres o Derecho consuetudinario”, en reconocimiento precisamente a ese pluralismo. Pero vale señalar también que el legislador constituyente de 1997, al así proceder, dio cumplimiento al compromiso estadual contraído por el Ecuador con la suscripción del Convenio N°. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; que fue ratificado en mayo de 1998.

Ese texto constitucional claramente prevé que los pueblos indígenas, culturalmente diferentes, que coexisten en el Ecuador están sujetos a diversos ordenamientos jurídicos y con derecho a conservar sus instituciones y formas de organización social. En armonía con el Convenio en cuanto los pueblos indígenas y tribales “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”⁸⁹.

En tanto que, la Constitución vigente⁹⁰ reconoce que las autoridades de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial., con la sola limitación de que las decisiones están sujetas al control de constitucionalidad.

El Estado monocultural ha provocado distorsiones en los valores, tradiciones, instituciones, régimen familiar, social y económico de los pueblos indígenas, la aproximación intercultural en cuanto implica reconocimiento y respeto al

⁸⁸ Art. 191.

⁸⁹ Artículo 8.2 del Convenio.

⁹⁰ Art. 171.

derecho consuetudinario indígena debe ser consecuencia del pluralismo cultural y jurídico.

La cultura indígena se proyecta en una especial forma de organización social, política y económica, es portadora de una estructura de pensamiento, de una filosofía y escala de valores diferentes de la cultura occidental. El derecho indígena regula políticas sociales (incluidas las de naturaleza penal), medioambientales, de biodiversidad, económicas (que incluyen el régimen de propiedad, uso de aguas, bosques) todo ello como parte de su derecho a la propia vida cultural.

En este contexto cabe tener presente que, en los pueblos indígenas, la propiedad debe cumplir una proyección social y cultural a favor de sus miembros y no solamente de uno o poco de ellos, la propiedad privada cede ante la propiedad comunal.

Es imperativo el Convenio 169, cuando al respecto prevé: "Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidos por dichos pueblos"⁹¹.

Desde que, los negocios jurídicos entre miembros de pueblos indígenas y tribales, Art. 1 del Convenio, señala que en lo relacionado con la transferencia del derecho sobre la tierra debe sujetarse a las modalidades por ellos practicadas ancestralmente.

El fortalecimiento identitario de los pueblos indígenas, su autonomía en base del mantenimiento de usos y costumbres propios, exige que sus problemas con connotación jurídica deban ser resueltos internamente por sus autoridades y con su propio ordenamiento, así lo reconoce explícitamente el Art. 171 de la Constitución.

⁹¹ Art. 17.

La igualdad real consiste en dar trato igual a los iguales, trato diferente a los diferentes y trato de favor a las víctimas de las desigualdades provenientes del prejuicio o de la injusticia⁹².

Las familias culturales diferentes exigen reconocer su derecho consuetudinario. La reafirmación identitaria, el desarrollo lingüístico, la ampliación de los ámbitos de aplicación permiten construir ciudadanía mediante el ejercicio del derecho y permiten proteger a los indígenas de las arbitrariedades a las que han sido sometidos.

Se debe tener presente que, el proyecto de Estado sobre una ciudadanía con identidad cultural única o dominante, es un proyecto condenado al fracaso; que sí es posible la convivencia pacífica de dos órdenes jurídicos diferentes en el mismo Estado. "La Constitución Ecuatoriana asume esta idea, la idea de que de la pluralidad surge un Estado, pero un Estado que mantiene la pluralidad y le da relevancia. Si el reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural y jurídica de un Estado se toma en serio, la labor de juristas, sociólogos y antropólogos debe ir encaminada, en este ámbito, a poner las bases que permitan y faciliten la convivencia de esa pluralidad"⁹³.

- **DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA MONOGRAFÍA:**

Se contrae al estudio de la antropología jurídica y el pluralismo legal en el Ecuador, a la identificación de los principales problemas constitucionales que plantea la convivencia de dos ordenamientos jurídicos constitucionalmente reconocidos, el indígena y el oficial; a la aproximación intercultural que implica reconocimiento y respeto recíproco de los ordenamientos en el contexto de la

⁹² Julio César Trujillo. Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Ponencia, Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. FLACSO, 2003. En Constitución y Pluralismo Jurídico 4. Fernando Flores Jiménez. Coordinador. Corporación Editora Nacional. Quito. 2004. p. 19.

⁹³ Fernando Flores Jiménez. Op. Cit. p. 11

realidad del pluralismo cultural y jurídico que parten de la realidad incorporada por el constituyente al pacto social.

- **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Establecer criterios y pautas para la coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal.
- Realizar el estudio del Convenio 169 de la OIT y su adecuación al ordenamiento jurídico interno, a través de la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial.
- Estudiar la racionalidad andina, su cultura. El paradigma y los cambios paradigmáticos.
- Identificar las contribuciones hechas por la Antropología Jurídica Ecuatoriana.

- **ESQUEMA TENTATIVO:**

- **Introducción**
- **Capítulo I:** La cultura. El hecho cultural. ¿Qué comprende la cultura?. La pluriculturalidad y la monoculturalidad. Precisiones.
- **Capítulo II:** La Antropología Jurídica. Su ámbito. Su enfoque específico en el estudio del Derecho.
- **Capítulo III:** El Reglamento de Aplicación. Estudio de los elementos que forman parte del actual debate que la Antropología Jurídica debe responder en el caso del Ecuador:
 - a) Ruptura de la Teoría Clásica de la Identidad Estado-Nación y la Constitución de 1998 así como la vigente.

- b) Rompimiento de la identidad Estado-Derecho y el reconocimiento de varios sistemas jurídicos dentro del mismo Estado.
- c) Ruptura de la concepción de los pueblos indígenas como objetos de políticas dictadas por otros. Identidad cultural de los pueblos indígenas.
- d) Ruptura de los conceptos tradicionales de democracia y la presencia de nuevas instituciones. Como la consulta, la participación y la representación de pueblos indígenas. Derecho de los pueblos indígenas y funciones jurisdiccionales.
- e) El cambio en la concepción tradicional de los Derechos Humanos: Definición monocultural e interpretación intercultural de los Derechos Humanos.

- o **Capítulo IV:** La Pluralidad Jurídica. Sistemas Jurídicos Plurales. Principios Generales del Derecho Indígena. Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena. Jurisdicción Indígena. Competencia y territorialidad. El Convenio 169 de la OIT y el derecho de los pueblos indígenas. La Constitución Política de la República del Ecuador. Estudio del Título Octavo del Capítulo Tercero del Código Orgánico de la Función Judicial: Ámbito de la Jurisdicción Indígena, Art. 343. Principio de la Justicia Intercultural, Art. 344. Declinación de Competencia, Art. 345. Promoción de la Justicia Intercultural, Art. 346.
- o **Conclusiones y Sugerencias.**

- **BIBLIOGRAFÍA:**

ANDRADE UBIDIA, Santiago. "Aportes al Debate sobre Justicia Indígena: Observaciones y Sugerencias al anteproyecto de <<Ley de Administración de

Justicia Indígena en el Ecuador>>". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "Derecho Penal y derecho indígena: cuatro tesis". Quito, Ecuador. Corporación Editora Nacional, 2004.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando. "Constitución y Pluralismo Jurídico". Coordinador. Corporación Editora Nacional. Quito 2004.

GARCÍA SERRANO, Fernando. "Formas indígenas de administración de justicia: tres estudios de caso de la nacionalidad quichua de la sierra y Amazonía ecuatoriana". Quito, 2000.

HUBER Rudolf, MARTÍNEZ Juan Carlos, LACHENAL Cécile, ARIZA Rosembert. "Hacia Sistemas Jurídicos Plurales". Coordinadores. Honrad Adenauer Stiftung. Bogotá, 2008.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, IIDH. "Perspectivas sobre la administración de justicia y pueblos indígenas". San José, Costa Rica, IIDH, 1999.

LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. "Derechos Colectivos y administración de justicia indígena". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2002.

PACARI, Nina. "Pluralidad Jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

RUIZ, Oswaldo. "La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Programa Andino de Derechos Humanos, Unión Europea, 2005.

SALGADO, Judith. "Justicia indígena: aportes para un debate". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "Justicia y pueblos indígenas de Colombia: La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural". Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia, 1998.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica". Quito, Ecuador. FLACSO, 2000.

SIEDER, Raquel. "El uso de la ley en los movimientos indígenas". Quito, Ecuador. Corporación Editora Nacional, 2004.

TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César. "Administración de justicia indígena". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2002.

TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César. "Propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las autoridades indígenas en el Ecuador". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2002.

WALSH, Catherine. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2002.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario". 1995.