



CARRERA DE DERECHO.

Tesis de grado

Previo a la obtención del título de

Abogado de los tribunales y juzgados de la República del

Ecuador.

Tema.

El pluralismo jurídico y sus efectos en el sistema normativo del Ecuador.

Autores:

Juan Diego Tapia De-Janon.

María Janeth Cano Rodríguez.

Director de tesis:

Ab. Jorge Luis Farfán.

Portoviejo-Manabí-Ecuador

2017 - 2018

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS.

Ab. Jorge Luis Farfán tengo a bien certificar que los egresados Juan Diego Tapia De-Janon y María Janeth Cano Rodríguez han realizado el trabajo de investigación titulado: El pluralismo jurídico y sus efectos en el sistema normativo del Ecuador, el mismo que ha sido desarrollado bajo mi dirección, cumpliendo con eficiencia, capacidad y responsabilidad.

Ab. Jorge Luis Farfán.

Director de Tesis.

CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR.

Tema:

El pluralismo jurídico y sus efectos en el sistema normativo del Ecuador.

De los egresados Juan Diego Tapia De-Janon y María Janeth Cano Rodríguez sometida al tribunal de sustentación para su respectiva aprobación.

Tribunal.

Ab. Jorge Luis Villacreses P.

Ab. Jorge Luis Farfán.

Coordinador de Carrera.

. Director de tesis.

Ab.

Ab.

Miembro del tribunal.

Miembro del tribunal.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.

La investigación, procesamiento y análisis e interpretación de resultados, propuesta e inversión, conclusiones y recomendaciones, son de exclusiva responsabilidad de sus autores. Además, cedemos los derechos de autoría de la presente tesis, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Juan Diego Tapia De-Janon.

María Janeth Cano Rodríguez.

Autor.

Autora.

AGRADECIMIENTO.

A los docentes de la carrera de Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, al Director de la Tesis, Ab. Jorge Luis Farfán.

Juan Diego Tapia De-Janon

Autor.

María Janeth Cano Rodríguez.

Autora.

DEDICATORIA.

A mi familia por el aliento constante para seguir adelante.

Juan Diego Tapia De-Janon.

DEDICATORIA.

Mis padres, hermanos por los ejemplos para hacer de mí una persona de bien.

María Janeth Cano Rodríguez.

ÍNDICE.

Certificación del director de tesis.	II
Certificación del tribunal examinador.	III
Declaración de autoría.	IV
Agradecimiento.	V
Dedicatoria.	VI
Dedicatoria.	VII
Índice.	VIII
Resumen.	X
Abstract.	XI
Introducción.	1
Capítulo I.	3
1. Marco teórico, conceptual y referencial.	3
1.1. Marco teórico.	3
1.1.1. Definición de pluralismo jurídico.	3
1.1.2. Antecedentes del pluralismo jurídico.	5
1.1.3. Naturaleza jurídica.	9
1.1.4. Pluralismo cultural como premisa previa.	14
1.1.5. Aceptación del pluralismo jurídico en el Ecuador.	17
1.1.6. Derecho como norma jurídica.	19
1.1.7. Justicia indígena.	20
1.1.8. Confusión entre sanción y linchamiento.	22
1.1.9. Derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.	24
1.1.10. Fundamentación legal.	29

Capítulo II	35
2. Desarrollo de la investigación.....	35
Capítulo III	41
3. Análisis e interpretación de los resultados.....	41
3.1. Encuesta dirigida a Fiscales, Jueces y Profesionales del derecho.....	41
Capítulo IV	49
4. Conclusiones y recomendaciones.....	49
4.1. Conclusiones.....	49
4.2. Recomendaciones.....	50
Bibliografía.....	51
Anexo.	

RESUMEN.

Mucho antes de la venida de los españoles al país los indígenas tenían sus propias costumbres, formas de resolver conflictos y que al llegar estos impusieron sus normas, conducta. En este sentido, lo ideal haber convivido con los dos sistemas jurídicos, es decir en el marco del pluralismo jurídico habiendo con ello interacción entre dos sistemas jurídicos coexistiendo en un entorno social armónico. La presente investigación tuvo como objetivo investigar si el ejercicio del pluralismo jurídico tiene efectos dentro del sistema normativo del Ecuador.

La metodología estuvo conformada por la investigación bibliográfica, de campo, siendo los tipos de investigación exploratoria, descriptiva y cuantitativa, en cuanto al método fue el inductivo-deductivo y el científico, las técnicas fueron la encuesta dirigida a los abogados conocedores del derecho constitucional, penal y del derecho internacional con énfasis en el pluralismo jurídico; el instrumento fue el formulario de encuesta.

Los resultados obtenidos permitieron apreciar que para los encuestados la justicia indígena al ser parte consustancial del pluralismo jurídico, es apreciado como algo paralelo debido a que en muchos casos es violatorio de los derechos humanos por las prácticas de castigo, y que la construcción del pluralismo jurídico debe enmarcarse en asuntos como la justicia intercultural, temas de tierras, de territorios, gestión de conflictos, entre otros.

Palabras claves: pluralismo jurídico, derechos humanos, gestión de conflictos, justicia indígena, castigo.

ABSTRACT.

Long before the coming of the Spaniards to the country the Indians had their own customs, ways to resolve conflicts and to reach these imposed their rules, behavior. In this regard, ideally having lived with the two legal systems, that is under the legal pluralisms having thus interaction between two legal systems coexist in a harmonious social environment.

This research aimed to investigate whether the exercise of legal pluralism has effects within the Ecuador regulatory system, the methodology consisted of bibliographic research, field types being exploratory, descriptive and quantitative research on the method was deductive and inductive scientific, technical survey were aimed at connoisseurs constitutional lawyers, criminal law and international law with emphasis on legal pluralism; the instrument was the survey form.

The results allowed us to appreciate that for respondents indigenous justice being an inseparable part of legal pluralism, is appreciated as something parallel because in many cases violates human rights practices punishment, and that the construction of legal pluralism must be framed on issues such as intercultural justice, issues of land, territories, conflict management, among others.

Keywords: legal pluralism, human rights, conflict management, indigenous justice, punishment.

INTRODUCCIÓN.

Dentro de la concepción monista se tiene como punto de partida que existe solamente un sistema único y universal el cual contempla que las normas jurídicas son algo exclusivo del Estado, entendiéndose esto que aquellas normas mantenidas fuera del derecho estatal están consideradas como al margen del derecho interno por el cual se rigen sus conciudadanos. En este sentido, el pluralismo jurídico contempla la mantención y prevalencia de derechos ancestrales al interior de comunidades indígenas, enmarcado en la convivencia armónica que forma parte de la justicia indígena, pero en estricto apego al marco de respeto con todo aquello que indica la justicia ordinaria.

En los países donde hay predominio de población indígena, ha prevalecido el pensamiento jurídico de que debe existir una concepción rígida mantenida por cientos de años, viéndose a la ley desde un punto de vista limitada, algo como un simple invento y que está constituida de códigos, leyes, escritos, entre otros, que dan paso a una doctrina sumamente formal que se sustenta en la doctrina formal que hace posible arrestos, juicios, creación de la policía, la presencia de personal que forma parte del sistema de justicia y las cárceles para los infractores de la ley. Habiéndose olvidado que antes de la llegada de los españoles en el Ecuador, la comunidad indígena mantenía un sistema de derecho propio y consuetudinario que nacía de las mismas comunidades, tal cual como se conoce hasta ahora.

En el capítulo I el marco teórico implicó la búsqueda de material bibliográfico en libros, códigos, leyes, literatura científica tomada de internet, procediendo a citar

autores que han escrito sobre pluralismo jurídico, justicia indígena, entre otros puntos que dan soporte literario a la investigación.

El capítulo II el desarrollo de la investigación, que presenta análisis del contexto en torno al problema.

El capítulo III el trabajo de campo dirigido a las unidades de análisis, jueces, abogados, quienes supieron dar respuestas a las interrogantes planteadas que dieron sustento para el siguiente capítulo.

El capítulo IV está conformado por las conclusiones y recomendaciones que tienen relación con la encuesta.

CAPITULO I.

1. Marco teórico, conceptual y referencial.

1.1. Marco teórico.

1.1.1. Definición de pluralismo jurídico.

Pospisil citado por Ochoa¹ (2002) afirma que “toda sociedad comprende una multiplicidad de sistemas legales, en esta situación estos sistemas legales operan de manera simultánea, se intersectan e interpenetran, pero sobre todo, estas categorías van formando una pirámide, donde opera una diferencia jerárquica” (p.198).

Para Moore y Pospisil (1974) citado por Krotz² (2002) el pluralismo jurídico se refiere a la interacción de diferentes sistemas jurídicos en un mismo campo social” (p.153), esta es una definición cuestionadora centralista del Derecho que tiende a identificar Derecho con Estado, y sus instituciones de control, como tribunales, códigos, jueces, entre otros. Los trabajos en este campo surgen efectivamente cuestionando esta visión y abogan por una definición no normativa, positivista del Derecho, para dar cuenta de las múltiples formas de regulación existentes en las sociedades.

Si bien el concepto se construye desde la realidad de las situaciones colonizadoras en donde un orden jurídico se impuso a sistemas jurídicos nativos, este

¹ Ochoa García, Carlos. (2002). *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Ediciones Cholsamaj. Guatemala.

² Krotz, Esteban. (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio de derecho*. Editorial Anthrpos. México.

ha sido trasladado para referirse a un fenómeno vigente en las sociedades complejas donde prevalecen formas de regulación social, además de las del Estado.

El concepto de pluralismo jurídico en su acepción amplia ha traído consigo un debate en torno a la definición del derecho, y el lugar particular del derecho del Estado en los escenarios plurales, esto es un punto central, vinculado así mismo con el tema del poder y del cambio social y con la problemática de la especificidad y de la interacción entre sistemas legales.

En el ámbito jurídico Fariñas citado por Arnaud³ (1996) sostiene que: “el pluralismo jurídico es entendido como la existencia de una polisistemia simultánea de órdenes normativos jurídicos” (p.226), pudiendo citarse que puede verse como paradigma, es decir un modelo teórico cognoscitivo mediante el cual se puede problematizar, conceptualizar y resolver la problemática real.

Como punto de partida común, el pluralismo también puede entenderse como lo opuesto a cualquier tipo de monismo idealista y, por tanto contrario al paradigma monista o monoteísta, así como a cualquier teoría universal o metateoría (teoría que estudia otra teoría), que pretende afirmarse como tal traspasándolos límites de su propia legitimidad y de su propio contexto real de referencia.

Por el contrario, el pluralismo jurídico debe entenderse como la situación en la que se toma conciencia de la existencia de varias concepciones intelectuales, morales, estéticas y normativas contrapuestas, representando siempre la existencia de

³ Arnaud André-Jean. Fariñas Dulce, María José. (1996). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid.

universales contrapuestos y mutuamente excluyentes. Fariñas⁴ (2004) hace notar que: “existe situación de pluralismo cuando se imponen universales sobre otros o cuando tan solo se permite la expresión de una pluralidad de preferencias u opciones individuales y privadas, pero bajo la unión de un único sistema monolítico, monoformista y etnocentrista” (p.46.).

Cada cultura tiene sus propios universales o sus propios fundamentos, por ello, el reconocimiento del pluralismo cultural implica la aceptación y el reconocimiento de universales contrapuestos, lo cual no conlleva, por una parte, la sacralización de la misma, ni implica por otra parte, la necesidad de buscar una síntesis de culturas o un concordancia, porque tanto en un caso como en otro la situación de pluralismo desaparecería y se impondría una situación de asimilación.

El pluralismo se opone radicalmente al paradigma monista, y a todo tipo de monoformismo o dogmatismo cultural y, por tanto, a toda falsamente pretendida cultura universal, que sería aquella que ilegítimamente intenta hablar en nombre de todos los demás.

1.1.2. Antecedentes del pluralismo jurídico.

Foucault⁵ (2000) analiza el origen de la tesis que defiende que las normas estatales se legitiman en la voluntad de sus destinatarios. Foucault ubica el origen de este dogma en la obra de Hobbes, “Leviatán”, en primer lugar interpretando el texto y después haciendo un análisis del contexto político en el que esa obra se produce. En el

⁴ Fariñas Dulce, María José. (2004). Globalización, ciudadanía y derechos humanos. Editorial Dykinson S.L. España.

⁵⁵ Foucault, M. (2000). Defender la sociedad. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

Leviatán se responde a la pregunta de cuál es el origen de la soberanía del Estado señalando dos principales posibilidades, la soberanía tiene un origen por institución o por adquisición.

Al tratarse de una soberanía por institución, Hobbes⁶ (1994) explica que “se trata de un conjunto de individuos que están en la guerra de todos contra todos. Foucault puntualiza que a lo que apunta Hobbes es a un estado de guerra” (p.35), ya que en su descripción no existen cadáveres, ni sangre, ni batallas, simplemente un grupo de los individuos se desafían y dan señales de que pueden atacarse y entrar en guerra entre todos.

Foucault cita a Hobbes diciendo: “La guerra no consiste únicamente en la batalla y combates concretos; sino en un espacio de tiempo –el estado de guerra- en que está suficientemente comprobada la voluntad de enfrentarse en batallas”. El origen de la soberanía por institución, no es la guerra, en realidad es el temor a la guerra, resuelve Foucault, lo que para Hobbes da origen al Estado. Según Hobbes, ese temor no existiría sino fuera porque un individuo representa para el otro una amenaza de ataque, siendo que los individuos son iguales en cuanto a su capacidad de ataque.

En ese estado de guerra, ¿qué se debe producir para que surja el Estado? En el caso de la soberanía por institución los individuos acuerdan que un soberano –una autoridad- reemplazará su voluntad, este soberano es el Estado, que se origina en el miedo (Foucault, 2000, p.97).

⁶⁶ Hobbes Thomas. (1994) Leviatán. México. Editorial Gernika.

Hobbes se plantea que la ley del Estado expresa la voluntad del pueblo, como todos los que estamos en las facultades de derecho lo hemos estudiado. Esa concepción se expresa en las normas que declaran la generalidad de la ley y su vigencia en todo el territorio; en el carácter indivisible del Estado y la igualdad ante la ley de todos los sujetos.

Esa concepción, que señala que la ley estatal es la voluntad del pueblo, no tolera que las voluntades de ciertos sujetos se expresen por canales que no sean la ley, o que la ley no autorice; esa concepción no permite que en parte de su territorio se desatienda a su ley y se atienda a otra norma distinta; no permite que se divida al Estado y que existan normas paralelas que no obliguen sino solo a algunos de sus ciudadanos.

Para Hobbes resultaría inconcebible que exista un grupo de individuos que exprese su voluntad normativa mediante vías alternas a la ley, cuando presuntamente ya se comprometió a hacerlo mediante la ley; es desobediencia sistemática y el Estado no lo permite. El hecho de que los productores del derecho alterno sean marginados, no es atenuante; todos expresaron la voluntad de las normas que hoy nos rigen, dice la concepción contractualista, “en el fondo, importa poco que tengamos el cuchillo contra la garganta, importa poco que podamos o no formular explícitamente nuestra voluntad. Para que haya soberanía, es preciso y suficiente que esté efectivamente presente una determinada voluntad radical que hace que queramos vivir aun cuando no podamos hacerlo sin la voluntad del otro” (Foucault, 2000, p.93).

En oposición, desde el historicismo político -enemigo al que apuntaba el Leviatán- el pluralismo jurídico se desenvuelve con fluidez. El historicismo político formula que “ninguna ley, cualquiera sea, ninguna forma de soberanía, cualquiera sea, ningún tipo de poder, cualquiera sea, deben analizarse en términos del derecho natural y la constitución de la soberanía, sino como el movimiento indefinido –e infinitamente histórico- de las relaciones de dominación de unos sobre otros” (Foucault, 2000, p. 107).

Es el caso de los segregados, El Alto del colectivo Movimiento Sin Tierra (en adelante MST), de los zapatistas donde se demuestra que existe un análisis de la historia como un proceso de dominación de unos sobre otros, cada organización tiene una concepción del derecho estatal como expresión de relaciones de dominación.

En cuanto a las agrupaciones de El Alto es más complicado identificar sus propuestas y reivindicaciones porque es más entramado su sistema de organización. Sin embargo, el contenido del historicismo político se ve reflejado en ejemplos como la denuncia hecha desde El Alto durante la llamada guerra del gas contra una ley que reflejaba el poder de los extranjeros sobre sus recursos naturales.

En el caso del MST se denuncia una ley que expresa la dominación de una minoría latifundista sobre la tierra, analiza la realidad en términos de dominación, como señala el art. 1 de las Líneas Políticas Reafirmadas en el Congreso Nacional del MST en el año 2007, donde el movimiento se compromete a:

1. Articularse con todos los sectores sociales y sus formas de organización para construir un proyecto popular que enfrente al neoliberalismo, al imperialismo y las causas estructurales de los problemas que afectan al pueblo brasileiro.

En el caso de los zapatistas la denuncia engloba más aspectos: la dominación no proviene de una ley sino de un modo de organizar el mundo, la economía capitalista, por lo que plantean hacer un mundo otro, “un mundo donde quepan todos los mundos”. En la Sexta Declaración de la Selva Lacandona los zapatistas establecen en el primer punto:

De modo que la lectura del proceso de dominación histórico que hacen estos grupos demuestra que su análisis se basa en la realidad histórico política de dominación.

De este modo, que el Derecho tiene un problema de origen a la hora de analizar el pluralismo jurídico si es que no crítica y transforma uno de sus más centrales dogmas: que la norma estatal expresa la voluntad de todos, independientemente de sus vicios históricos. Para entender el hecho del pluralismo jurídico a fondo se requiere partir del discurso histórico político, no solo por la afinidad política con los grupos – que puede o no existir-, sino porque los sujetos de los sistemas jurídicos no estatales lo utilizan.

1.1.3. Naturaleza jurídica.

El tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo, insertándose en una compleja multiplicidad de interpretaciones, posibilitando enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias.

Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tenor filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con orígenes diferenciados y características singulares, comprendiendo el conjunto de fenómenos autónomos o elementos heterogéneos que no se reducen entre sí.

Estas aseveraciones nos remiten originalmente al mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano.

Efectivamente fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se identificó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. Con la llamada “personalidad de las leyes” se estableció que la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica.

Destacando este cuadro, Rouland⁷ (1988) sitúa cuatro manifestaciones legales: Un derecho señorial, fundado en la función militar; un derecho canónico, que se basaba en los principios cristianos; un derecho burgués, apoyado en la actividad económica; y, un derecho real, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política. (p. 14)

⁷ Cf. ROULAND, Norberto. *Anthropologie juridique*. París: PUF, 1988. p. 76. Ver también: GILISSEN, John. (Dir). *Le pluralisme juridique*. Ed. de la Univesidad de Bruselas, 1972.

Ya la estatización del Derecho se efectivizará, en Europa, con el surgimiento de la racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana.

Lo cierto es que a través de los siglos XVII y XVIII, poco a poco el absolutismo monárquico y la burguesía victoriosa emergente desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como reduciría el pluralismo legal y judicial.

A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del Estado Nación unificado, fue con la República Francesa posrevolucionaria, que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad.

Examinando el fenómeno del pluralismo, Santos⁸ (1988) afirma que:

El surgimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; b) “origen no colonial”. En el primer caso, el pluralismo jurídico se desarrolla en países que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués entre otros). Con esto, se impuso, forzosamente, la unificación y administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales, autóctonos, convivencia

⁸ Santos, Boaventura de Sousa. (1988). El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Editorial Sergio A Fabris. Porto Alegre. p 73.

ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias. (p. 98).

La crítica que realiza Oliveira⁹ (2003) descalifica los ordenamientos alternos sosteniendo que no se tratan de normas jurídicas sino de un subproducto de la segregación y abandono de estos grupos, a los que hay que integrar al sistema jurídico estatal (Oliveira, 2003, 219). Por su lado, Neves¹⁰ (2003) reconoce que “el dato indiscutible de que en la modernidad periférica latinoamericana muchas “unidades sociales” disponen difusamente de diferentes códigos jurídicos no implica, en sentido estricto, alternativas pluralistas en relación con el funcionamiento legalista del derecho estatal, sino más bien mecanismos inestables y difusos de reacción a la ausencia de la legalidad”. Al encontrarse con sistemas económicos y de poder, estos códigos serían bloqueados y destruidos, impidiéndoles tener identidad, produciéndose simplemente una miscelánea social donde los segregados resultan perjudicados (Neves, 2003, p. 266).

Falcão¹¹ (2012) introduce la afirmación de que “la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en la propia crisis de la legalidad política” (p.61). Al contrario de lo que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, el autor entiende que en países del Tercer Mundo, como Brasil. Ante lo cual Falcão¹² (2012) indica que: “la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el Derecho oficial, está

⁹⁹ Oliveria, L.. (2003). Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil, notas para un balance. En Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. García Villegas M. y Rodríguez César. ILSA. Bogotá.

¹⁰ Neves, M. (2003) “Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina”. En “Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos”, García Villegas M. y Rodríguez César, editores, Bogotá., ILSA, 2003 , 261-289.

¹¹ Falcão, Joaquim A (2012). Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas. Rio de Janeiro: Forense, p. 85.

¹² Falcão, Joaquim A (2012). Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas. Rio de Janeiro: Forense, p. 85.

correlacionado directamente con la variable de legitimidad del régimen político (p. 85.).

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas no admisibles de negligencia, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macro-variables históricas solo pasibles de investigación profunda si acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

Resulta oportuno cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven secularmente con el intervencionismo, la dependencia y el autoritarismo, el apareamiento del pluralismo jurídico, distinguiendo para ello al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de neocolonialismo o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado.

Este tipo conservador de pluralismo, Wolkmer¹³ (s/f) “vinculado a los proyectos de posmodernidad, es otro embuste para escamotear la concentración violenta del capital en el centro, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando

¹³ Wolkmer, Antonio Carlos. (s/f). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. Clacso. Argentina. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>

todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria (p.69).

Gurvitch¹⁴ (1932) indica que ello coadyuva a enriquecer el debate, debido a para él hay tres tipos diversos de derecho que se encuentran jerarquizados en cada sociedad de manera distinta: “derecho estatal (reivindicando monopolizar las actividades legales), derecho interindividual o intergrupalo (reuniendo el intercambio individual o en grupo) y derecho social (reuniendo individuos con el fin de constituir una entidad colectiva)” (p.71). Este último es claramente un derecho no-estatal, puesto que se corresponde con la multiplicidad de sistemas legales generados por el derecho social.

1.1.4. Pluralismo cultural como premisa previa.

En la mayoría de los países africanos, el período posterior a la independencia se vio marcado por una tendencia casi obsesiva por construir Estados-Nación cuya viabilidad, supervivencia y sustentabilidad estaban indisolublemente ligados al carácter unitario de su organización política, institucional, social y jurídica. La presencia de cualquier forma de diversidad dentro de esa organización era considerada como una amenaza existencial para el orden social.

Las realidades de la época no eran ajenas, entre otras cosas, a los riesgos de secesión, los golpes de Estado y las rivalidades étnicas que afectaban a los Estados recientemente independizados ni, por otra parte, a la voluntad de control del poder por parte de las nuevas élites responsables, minoritarias pero dominantes, emergentes de la

¹⁴ Gurvitch, G. (1932). La idea del Derecho social. La experiencia jurídica y filosofía del derecho. París.

descolonización; desde esta perspectiva, el Estado-Nación se supone homogéneo por naturaleza. Si en los hechos reales no lo era, era importante entonces asignarle una vocación uniformizante, la homogeneidad de la sociedad se planteaba entonces como objetivo decretado de algún modo, y la diversidad se ocultaba, dado que era incompatible con la idea misma de nación, cuyo único fermento deseado era la unidad de todas sus estructuras constitutivas.

El vicio de la homogeneidad era llevado hasta sus límites más extremos: partido único, totalitarismo de la norma jurídica estatal, Estado unitario centralizado, predominio de una etnia, solo quedaban algunos bastiones para la expresión de las diversidades, probablemente más por necesidad y voluntad de instrumentalización política y social que por elección ideológica. Así ocurría principalmente con la religión y los cultos, cuya libertad de ejercicio solía ser reconocida, sin que se les concediera por ello ninguna incidencia en la organización política o en la producción normativa.

La Historia ha confirmado que el modelo de base del Estado-Nación concebido de este modo no ha funcionado adecuadamente, muchos analistas demostraron ya el fracaso del trasplante del Estado - Nación homogéneo sobre sociedades que son plurales y heterogéneas por esencia. Cabe recordar simplemente, a modo de ejemplo, dos ámbitos en los cuales la ideología de la homogeneidad no se impuso totalmente en la realidad. El primer ejemplo es el del derecho.

La hegemonía de las doctrinas positivistas legalistas que sólo reconocen el orden jurídico estatal, en particular en los sistemas de inspiración romano-germánica,

había llevado a establecer sistemas normativos dominados por el monismo. La ley, generalmente codificada y surgida exclusivamente de la producción normativa estatal, no toleraba la competencia de otras fuentes -como la de los usos y costumbres- generadas por colectividades que no fueran el Estado.

En el mejor de los casos, el derecho positivo podía llegar a reconocer algunas reglas consuetudinarias, por ejemplo en materia de estatus personal, integrándolas en su seno pero sin que pudieran cuestionar el orden positivista establecido, para lo cual la integración requería siempre de la mediación de una regla estatal que la incorporara, si puede decirse así, al sistema normativo reconocido. El fracaso del modelo positivista parecía no obstante inevitable al menos por dos razones: el mimetismo y la persistencia de las prácticas representativas de otras redes normativas.

La mayoría de las codificaciones se inspiraron ampliamente en modelos jurídicos extranjeros, importando reglas que llevaban implícita una carga de determinados valores, principios y finalidades que no son propios de las sociedades que rigen, se puede pensar por ejemplo en la reglamentación del matrimonio o de la propiedad de la tierra o incluso de los contratos. En materia de matrimonio, por ejemplo, la prohibición o la limitación de los efectos del matrimonio celebrado según las costumbres para orientar a las poblaciones hacia el matrimonio celebrado por el encargado del Registro Civil no logró reducir la cantidad de matrimonios de derecho consuetudinario.

En lo que respecta a los contratos, las exigencias de prueba escrita no menguaron la fuerza que se le reconoce a la palabra dada ni las prácticas comerciales

externas al derecho civil; en cuanto a la propiedad de la tierra, las reglas instauradas no hicieron más que exacerbar los conflictos con las prácticas tradicionales o consuetudinarias.

La segunda ilustración del fracaso del modelo de las sociedades unitarias puede hallarse en los sistemas institucionales, en el plano político, por ejemplo, los regímenes y los instrumentos del juego democrático adoptados por las Constituciones no hicieron desaparecer a las estructuras intermedias ni a los sistemas de lealtad tradicionales entre el Estado y los individuos.

Una prueba muy clara de ello es el pervertimiento de las elecciones y del modelo de democracia basado en la oposición mayoría/minoría, incluso la impartición de la justicia, símbolo fuerte de la regulación estatal, no está exenta de una competencia de los órdenes paralelos. Al igual que para el derecho, Assane¹⁵ (2011) afirma que "la supervivencia de las prácticas y vínculos sociales tradicionales han generado una coexistencia de sistemas diferenciados que se hibridan, se instrumentalizan, compiten o entran en conflicto sin que, en ningún caso, la dominación o la coerción estatal hayan unido en misma norma (p.34).

1.1.5. Aceptación del pluralismo jurídico en el Ecuador.

Con 444 artículos, la Constitución Ecuatoriana es una de las más extensas del mundo y además es reconocida por ser una de las más avanzadas de la región, sin embargo conviene empezar analizando el Estado Plurinacional es un

¹⁵ Mbay E., Assane. Ousmane S. (2011). Diversidad y gobernanza legítima en África: elogio del pluralismo, en El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza? Instituto de investigación y debate de la gobernanza Lima. www.institut-gouvernance.org

modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, que hace realidad el principio de la unidad en la diversidad y busca superar el empobrecimiento y la discriminación de siglos de las civilizaciones indígenas. La plurinacionalidad supone un cambio en la estructura del Estado, en el modelo de desarrollo y en la democracia.

De hecho la idea de desarrollo es inexistente en la cosmovisión de los pueblos indígenas andinos, pues el futuro está atrás, es aquello que no miramos, ni conocemos; mientras al pasado lo tenemos al frente, lo vemos, lo conocemos, nos constituye y con él caminamos.

En la década de los 80 del siglo pasado, empieza a ser notoria la presencia de las organizaciones indígenas y campesinas por medio de levantamientos, reclamando derechos agrarios, las movilizaciones más grandes, en la cual se contó con la presencia de todos los pueblos indígenas del Ecuador se llevó a efecto en 1990.

Esto motivó a que se generen cambios en la política estatal, debido a que los pueblos empezaron a participar en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales del Estado. En abril del 1998 el Honorable Congreso Nacional ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que reemplazó al Convenio 107 del mismo organismo internacional.

Bajo el objetivo de reestructurar el Estado se promueve la reforma constitucional de 1998, se busca incluir el reconocimiento de un Estado plurinacional, lo cual no fue posible, pero se reconoce la existencia de los pueblos indígenas como

parte del Estado ecuatoriano y se consagran los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidad indígenas.

1.1.6. Derecho como norma jurídica.

El derecho como norma jurídica que sirve para regular las relaciones sociales de la colectividad fue creado por el Estado al amparo del pensamiento monista, en el cual el derecho solo existía en la forma de un sistema único y universal que debía ser cumplida por la sociedad y era imposible el reconocimiento de otros sistemas jurídicos que no sean aceptados y emitidos por el Estado.

En este sentido, Sartori¹⁶ (2001) “se había creído siempre que la diversidad era la causa de la discordia y de los desórdenes que llevan a los Estados a la ruina” (p.20). Esto porque aparentemente, la presencia de sociedades diversas en culturas, idiomas, costumbres y sistemas jurídicos que habitaban en una misma circunscripción territorial generaba conflictos por la imposibilidad de comunicación en algunos casos, y, en otros la desobediencia a un sistema jurídico que no era el suyo y que a ratos les parecía injusto.

Por esta razón, Bobbio¹⁷ (1997) el Estado “moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica” (p.9). Convirtiéndose así en la máxima autoridad para imponer las reglas a

¹⁶ Sartori, G. (2001). La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Editorial Taurus. Madrid.

¹⁷ Bobbio, Norberto. (1997). Teoría general del Estado. Editorial Temis. Bogotá.

seguir por la sociedad, y frente a la desobediencia de los súbditos se usaba el poder coactivo.

Para Salazar¹⁸ (2003):

El Estado se centra en la asimilación y fusión de la nación, la asimilación, es una propuesta de unificación cultural, pretende que las minorías abandonen sus propias culturas y vayan adoptando los rasgos de la cultura dominante, mientras tanto la fusión, tiende a que las culturas originarias desaparezcan y permitan el surgimiento de una nueva cultura que las integre. (p.7)

1.1.7. Justicia indígena.

El artículo 1 de la Constitución ecuatoriana¹⁹ (2009) señala “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico el Ecuador es un estado unitario y plurinacional” (p.3). Es decir, el Estado reconoce la existencia de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afro ecuatorianas quienes poseen sus propias costumbres, lenguaje, y tradiciones ancestrales y las reconoce como naciones, esto con la finalidad de procurar el efectivo goce de sus derechos como ciudadanos parte del Estado y también garantizar del desarrollo de su cultura.

Se entiende por justicia indígena a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad.

¹⁸ Salazar D. (2003). Una base conceptual y diez preguntas puntuales. Tesis para obtener el título de Abogada. Universidad San Francisco de Quito.

¹⁹ Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi.

Para la cosmovisión andina, la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad son dos circunstancias fundamentales para el desarrollo normal de la convivencia social. Los conflictos que se susciten dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio, de manera que frente a un conflicto las autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño además de ser un escarmiento para los demás miembros de la comunidad.

Las sanciones y el procedimiento va acorde a la cosmovisión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades ya que la vida en la comunidad es fundamental para el desarrollo de sus vidas, por este motivo la medida para resarcir los daños se toma en asamblea comunal, mas no por una sola autoridad. Dentro de la Justicia o Derecho Indígena no existe división de materias, se trata de la aplicación de medidas consuetudinarias para la solución de conflictos de distinta naturaleza.

La aplicación de la justicia indígena se aplica únicamente al tratarse de:

Un conflicto dentro de su comunidad

Que los actores del mismo sean personas miembros de la comunidad.

Procedimiento:

El proceso inicia cuando el afectado pone en conocimiento a las autoridades del conflicto.

Las autoridades inician una etapa de investigación para constatar lo sucedido - Se lleva a cabo una confrontación entre el acusado y el acusador, la misma que es directa sin intervención de terceros

Por último se establece una sanción si se considera necesario. La misma que depende de la gravedad de la acusación. La sanción más fuerte es la expulsión del acusado de la comunidad, no existen penas de muerte. Si no era de tal gravedad, la sanción va desde sanciones económicas tales como multas, indemnizaciones, a sanciones físicas como baños de agua fría, el uso de la ortiga o del látigo.

El escarmiento público, es de gran conmoción para los miembros de la comunidad por tratarse de su medio de convivencia, estas sanciones no solo son físicas sino también morales.

1.1.8. Confusión entre sanción y linchamiento.

Debido a sus costumbres el significado de estas sanciones físicas para los miembros de la comunidad no es el mismo que para los miembros de la sociedad mestiza. Dentro de su cosmovisión a través de estas sanciones físicas como el uso de la ortiga o látigos se busca una finalidad positiva que es la purificación de la persona que delinque para establecer nuevamente la armonía de la comunidad.

En particular este tipo de sanciones han sido confundidas con un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal como linchamiento, esto dista mucho de lo que significa justicia indígena, ya que como vemos es necesario que para que se trate de justicia indígena las partes sean miembros de la comunidad así como también debe ser un conflicto suscitado dentro de la misma. Las sanciones físicas aplicadas por la justicia indígena en ninguno de los casos provocan lesiones físicas severas o que imposibiliten a los acusados, es también una sanción moral que busca el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad.

Mientras que el linchamiento es una muchedumbre de personas que no son miembros de una comuna, comunidad, pueblo ni nacionalidad indígena, sino se trata de personas enardecidas en búsqueda de venganza y que desean, en muchos de los casos, acabar con la vida del delincuente sin ningún tipo de reparo. Como vimos en las sanciones que se aplican por parte de las autoridades indígenas no se contempla la pena de muerte.

El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres. (p. 289).

En cuanto a los principios la justicia intercultural el artículo 344 ordena que:

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes 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;

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 otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

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;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso 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; y,

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. (p.33)

En el caso de la competencia de los jueces ordinarios y autoridad indígena, el artículo 345 ordena que:

Art. 345.- DECLINACION DE COMPETENCIA.- 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. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena. (p. 35).

1.1.9. Derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.

En los últimos años, los Estados latinoamericanos han consignado una serie de normas jurídicas para la protección de derechos de los pueblos indígenas, para Kymlicka²⁰ (1996) “se trata de una suerte de multiculturalismo de Estado que ha permitido la inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras estatales pero dentro de la misma estructura colonial permitida por el liberalismo político.

²⁰ Kymlicka, Will. (1996). Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Editorial Paidós. Barcelona.

Históricamente los estados de los países llamados latinoamericanos se construyeron sobre dos modelos de dominación, el primero es el modelo capitalista mediante el cual las oligarquías nacionales y los capitales globales se apropiaron de la fuerza de trabajo y de los recursos del planeta para convertirlos en productos industrializados y en ganancia privada a partir de la materia prima. Este modelo se combina con el modelo de dominación colonial mediante el cual se clasificó racialmente a las poblaciones de nuestros países para organizar la fuerza de trabajo según los requerimientos del capital.

En la interacción de estos dos modelos de dominación se ha intentado formar lo que se llama Estados-nación, algo que para Santos²¹ (2003) es, “una minoría hispano descendiente que intenta imponer la idea de que al interior de un Estado habita una sola nación con una población homogénea. Hasta ahora, entonces, el Estado-nación ha manejado dos principios de administración: la desigualdad y la exclusión” (p.21).

El principio de desigualdad es lo que ha permitido al Estado administrar los recursos a favor de los sectores empresariales, agroexportadores, terratenientes, banqueros, entre otros, el principio de exclusión es el que ha construido un sistema mediante el cual los sistemas productivos de los indígenas, negros, campesinos, etc. se han subordinado a un modelo exportador y dependiente; y a nivel político se les ha quitado a estos pueblos el derecho a una participación en las instancias de decisión política y económica.

²¹ Santos, Boaventura de Sousa. (2007). La reinención del Estado y el Estado Plurinacional, Cochabamba, CENDA, CEJIS, CEDIB.

Esto se ha expresado en usurpación de tierras y desestructuración de territorios indígenas, negación de su condición de sujeto político, instauración de una estructura de desigualdad que los ubicaba y ubica en uno de los últimos lugares de la escala social, ubicación en estado de servidumbre y cuasi-esclavitud, desprecio y deslegitimación de su institucionalidad jurídica, económica, cultural, educativa, entre otros.

Santos²² (1995) sostiene que “el liberalismo instituyó los derechos individuales como los valores supremos de la humanidad, negando la historia de ejercicio de derechos colectivos de los pueblos” (p.61), además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (individuales) son derechos elaborados desde una determinada matriz civilizatoria que se pretenden universales y que, como dicen algunos autores, requieren ser especificados culturalmente por los distintos pueblos que los ejercen.

Hoy, autores como Santos²³ (2007) que hacen referencia a los derechos colectivos “como los nuevos derechos fundamentales en referencia al derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques, a los saberes ancestrales” (p.39). Como afirma Marés²⁴ (2009) el derecho colectivo “es un derecho donde todos son sujetos. Si todos son sujetos del mismo derecho, todos tienen disponibilidad de él, pero al mismo tiempo nadie puede disponer de él contrariándolo, porque sería violar el derecho de todos los demás” (p. 13). En tal sentido los derechos colectivos serían parte de una conquista que abre una nueva

²² Santos, Boaventura de Sousa, (1998). De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes.

²³ Santos, Boaventura de Sousa. (2007). La reinención del Estado y el Estado Plurinacional, Cochabamba, CENDA, CEJIS, CEDIB.

²⁴ Marés, Carlos Federico, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos de los pueblos indígenas”, en Enrique Sánchez. (1996). Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina, Bogotá, COAMA, Disloque.

categoría en la concepción de derechos que no son ni parte del Estado ni parte del individuo, Marés ²⁵ (2009) “sino de colectividades parciales o globales, a las que el derecho empieza a llamar derechos colectivos difusos, porque su titularidad es difusa” (p.40)

Por otra parte, es necesario distinguir entre derechos colectivos primarios y derechos colectivos derivados, en los derechos colectivos derivados los individuos ceden sus derechos a una representación colectiva (por ejemplo, los obreros al sindicato). En los derechos colectivos primarios, Santos (2007) indica que “no se trata de la decisión de individuos, es la comunidad por sí misma que tiene una constitución propia, la que se afirma como derecho colectivo” (p.42). Así mismo, hay que especificar que los derechos colectivos primarios pueden ser ejercidos de dos maneras: individualmente (ejercicio del individuo indígena de un derecho de su pueblo) y colectivamente (por ejemplo, la autodeterminación).

El derecho a la autodeterminación o libre determinación afirma Flores y otros²⁶ (2007) que “es el derecho colectivo fundamental que reclaman los pueblos indígenas originarios por el hecho de ser sujetos colectivos preexistentes a los Estados modernos que les negaron históricamente su identidad y sus formas de gobierno” (p.76). Se trata de un derecho que siempre ha existido y que muchos pueblos llaman el Derecho Mayor Indígena, Padilla²⁷ (1996) sostiene que esto es “en referencia al ejercicio de la

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Flores, Elba y otros. (2007). Autodeterminación y derechos territoriales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el debate constituyente en Bolivia. Cochabamba, Agua Sustentable, CEJIS, CENDA, CEFREC, NINA.

²⁷ Padilla, Guillermo. (1996). Derecho mayor indígena y derecho constitucional; comentarios en torno a sus confluencias y conflictos, en Stefano Varese, coord., Pueblos indios, soberanía y globalismo. Quito. Editorial Abya Yala.

autonomía y la soberanía de los pueblos indígenas que se resisten a ser absorbidos y liquidados por el derecho del colonizador, el derecho del Estado-nación” (p. 185).

La exigencia de que los Estados reconozcan el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas y originarios no se da con la finalidad de que aquéllos confieran ese derecho a éstos; el derecho de autodeterminación siempre ha existido y lo que se exige es que se formalice jurídicamente. Obviamente esto traería serias implicaciones en la configuración de los Estados, asunto del que hablaremos más adelante.

Naciones Unidas²⁸ (2007) con respecto al derecho a la autodeterminación enfatiza que “es el derecho primordial a partir del cual se derivan los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas (derechos territoriales, a los recursos, a mantener sus instituciones jurídicas, políticas, económicas, educativas, entre otros” (p.36). Se trata de un derecho que incluye como afirma Assies²⁹ (1999) “el control sobre un territorio entendido no sólo en términos de los recursos naturales, sino también como un espacio en que se podía desplegar su propia normatividad social, económica, política, jurídica y cultural y dar forma a las instituciones correspondientes” (p. 45).

En países como Colombia y Bolivia, el reconocimiento a formas de gobierno indígena ha estado estrechamente relacionado con políticas de descentralización³⁰, las cuales se han dado en el marco del ordenamiento territorial de herencia colonial; por ello, en términos de jurisdicción, es necesario pensar en formas de autogobierno

²⁸ Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁹ Assies, Willem. (1999). Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina, en Assies Willem y otros, edit., El reto de la diversidad, México, El Colegio de Michoacán.

³⁰ *Ibidem*

extraterritoriales, es decir, basadas en una territorialidad no necesariamente sujeta a la estructura territorial del Estado nación.

Así mismo, en base a este derecho fundamental, los Estados y el empresariado transnacional debe someterse a la voluntad de los pueblos indígenas en asuntos de su interés en referencia a sus territorios, recursos, instituciones y políticas públicas; esto es lo que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas han llamado el “consentimiento libre, previo e informado” que deben emitir los pueblos indígenas ante acciones de tal naturaleza.

El derecho a la autodeterminación implica el ejercicio de prácticas acordes con los sistemas políticos y jurídicos de los pueblos indígenas; así mismo, implica, como ya decíamos, el derecho a la consulta frente a medidas que afecte los sistemas de vida de los pueblos indígenas. Desde la perspectiva de la jurisdiccionalidad territorial, se ve la autonomía indígena como la expresión del derecho de autogobierno y como ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas.

1.1.10. Fundamentación legal.

Constitución de la República del Ecuador³¹ (2008), indica:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, **plurinacional** y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...

³¹ Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 20 de octubre 2008 Editorial: Corporación de estudios y Publicaciones. Quito.

Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

9. 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.

10. 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.

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

Art. 171.- 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, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos en 1966³².

Artículo 27: El derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de las costumbres y tradiciones legales. (p. 5).

Código Orgánico de la Función Judicial³³

RELACIONES DE LA JURISDICCION INDIGENA CON LA JURISDICCION ORDINARIA.

Art. 343.- AMBITO DE LA JURISDICCION INDIGENA.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes 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;
- 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 otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- 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;
- d) Pro jurisdicción indígena.- En caso 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; y,

³²OEA. (1966).. Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. New York

³³ Asamblea Nacional. (). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito. Registro Oficial 544.

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ³⁴

Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

Art. 65.- **Ámbito.**- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

Art. 66.- **Principios y procedimiento.**- La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1. **Interculturalidad.**- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.

2. **Pluralismo jurídico.**- El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

³⁴ Asamblea Nacional. (2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito. Registro oficial No. 52. 22 de octubre 2009

³⁵ ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. 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.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. 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. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

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 tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros

³⁶ Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169 de la OIT. Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Santiago de Chile.

de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

CAPÍTULO II.

2. Desarrollo de la investigación.

En el Ecuador en relación a lo ordenado en la Constitución de la República se estatuye jurisdicción especial indígena, que está orientada a romper dos aspectos básicos en la relación derecho, estado e indígenas. Esto es romper el monismo jurídico para aceptar y reconocer el pluralismo jurídico, romper el imperialismo jurídico, de extender categorías, principios, reglas jurídicas obligatorias que han impuesto a lo largo de la historia a los pueblos indígenas. Indudablemente este reconocimiento está sujeto a un sinnúmero de interpretaciones respecto de lo que es una sociedad multicultural, donde impera el pluralismo jurídico.

En este ámbito, surgen conflictos aún no resueltos y que tienen que ver con los límites, la jurisdicción y competencia de la justicia indígena. Pues, no obstante estar provistas de este derecho, cuando se suscitan conflictos, las autoridades indígenas no cuentan con mecanismos ni procedimientos para hacer que los casos sean devueltos y solucionadas en sus propias comunidades, surgiendo con esto un problema de competencia entre autoridades de la jurisdicción ordinaria y las autoridades indígenas.

El sector indígena y varias personas vinculadas a este sector étnico, sostienen que los pueblos indígenas han logrado mantener costumbres propias que los diferencian del resto de poblaciones y que el Estado debe reconocer estas diferencias e incorporarlas a las políticas estatales, sin absorberlos y hacerlos parte de la etnia que según ellos ha sido dominante en el país.

Personalmente creo que en verdad se debe respetar justamente estas costumbres, el logro que significa en nuestro país el reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado Ecuatoriano, que conlleva sin duda el respeto a la formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas, pero sin que esto signifique aceptar en nuestro país la existencia de un pluralismo jurídico, con la existencia de una justicia ordinaria y una justicia indígena independientes, lo que generaría un caos al momento de querer delimitar para cada caso, la competencia y jurisdicción de cada uno de los ordenamientos.

La década de 1990 fue testigo de reformas constitucionales muy importantes en los países andinos, particularmente Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y en el caso Ecuatoriano, con la Constitución de 1998 aprobada en Riobamba se notaron cambios fundamentales como el reconocimiento del carácter pluricultural de la nación y el Estado, reconocimiento de los pueblos indígenas, ampliación de sus derechos, oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe, protección de medio ambiente, y reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario.

Junto con estas reformas que son de vital importancia para el desarrollo del pueblo indígena del Ecuador y otros países andinos, los países andinos y por ende el Ecuador, también han ratificado el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

A modo de historia cabe señalar que en el Ecuador hasta el año de 1998 era un Estado que reconocía al individuo como sujeto del derecho, a partir de esta fecha, la

Constitución Política del Estado da un giro de trascendental importancia en cuanto a reconocimientos de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas; es así como reconoce a un sujeto distinto, que es el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que han reivindicado derechos a lo largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato distinto del Estado.

Concretamente, al establecer el artículo 191 inciso 3, sobre autoridades indígenas, establece en el Ecuador el pluralismo jurídico, que implica como en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derechos, que cambian históricamente y que pueden volver con el pasar del tiempo, y que están presentes en las costumbres, en las normas sociales de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional.

Con relación a la justicia indígena, la Constitución política del Ecuador del año 1998, en el inciso final del artículo 191 ordenaba que "Las autoridades de los pueblos Indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes, la ley hará compatibles aquellas funciones con la del sistema judicial nacional".

De esto se colige que la Carta Magna del año 1998 fue la primera en el Ecuador que faculta a los pueblos indígenas administrar justicia de conformidad con el derecho consuetudinario propio de sus comunidades, entonces la Constitución fue la primera en dar un trato diferencial y a favor del sector indígena, con un

reconocimiento real del derecho indígena y con ello a la justicia indígena, situación que fue ratificada y más aún ampliada en la Constitución del 2008.

El término plurinacionalidad es relativamente nuevo; en Sudamérica se viene escuchando a partir de la década de los 80s, cuando los movimientos indígenas de la región empiezan a tomar conciencia acerca de la reivindicación de sus derechos exigiendo la declaración de un Estado plurinacional.

Sin embargo, es necesario señalar que la palabra plurinacionalidad implica: aceptación de la diferencia; convivencia armónica de las culturas que conviven en un mismo espacio territorial; reconocimiento de derechos de grupo; y autodeterminación de cada colectivo cultural. Estas características no son conceptos novedosos, el inicio o desarrollo de algunas de las particularidades que envuelve la palabra “plurinacionalidad” pueden identificarse en determinados hechos históricos, tales como:

La confluencia de culturas en la historia se ha caracterizado por la supremacía de unas sobre otras y la imposición a las sometidas de las características propias de la cultura dominante, tales como su lengua, formas de organización social y política, costumbres, religión, etc. La convivencia de dos pueblos o más en un mismo espacio territorial no es un tema nuevo, sino que data desde hace siglos e incluso milenios.

La plurinacionalidad implica la adopción de acciones afirmativas a favor de grupos minoritarios o grupos históricamente discriminados como el caso de Guatemala y Bolivia, a través de políticas públicas, normas legales o sentencias judiciales.

Kymlicka³⁷ (2003) indica que en algunos países “la autodefinition de Estado plurinacional podría implicar no solo el reconocimiento de minorías nacionales” (p.46), sino también una mayor integración multicultural de los inmigrantes o refugiados, lo que genera un auténtico reconocimiento y consideración de la diversidad racial y étnica.

La práctica del Derecho indígena en el país no responde a un sistema alternativo sino paralelo al estatal, de ahí que llamarlo Derecho ordinario equivale a reducir al Derecho indígena a un sistema extraordinario. Vale señalar que el sistema legal y jurídico indígena o de cualquier otro colectivo étnico – cultural dentro un Estado con pluralismo jurídico, es también un

Derecho ordinario o frecuente para la comunidad y sus miembros. Aunque se ha dicho en párrafos anteriores que la Constitución de 2008 aportó significativos avances en materia de justicia indígena, creo necesario resaltar lo que a mi juicio implica un retroceso, al señalar en su artículo 171 una clara diferenciación entre las justicias denominadas como jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria.

El pueblo indígena ha librado duras batallas por el reconocimiento de sus prerrogativas y todavía les falta mucho por lograr en diversos aspectos sociales y jurídicos en materia laboral, administrativa, civil mercantil en estas últimas principalmente ya que rige la supletoria de los usos y costumbres.

³⁷ Kymlicka, Wil. (2003). La política vernácula: Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica S.A.

No se confina únicamente al reconocimiento de la justicia indígena, ya que en una sociedad pluralista pueden surgir y reconocerse cuanta expresión cultural haya persistido; de allí que, en el futuro el pueblo montubio o afro descendiente también puede plantear el reconocimiento de su ordenamiento jurídico ello no significa que en la sociedad pluralista no todo vale.

Martínez³⁸ (2007) indica que:

En una sociedad plural, (...) no todo vale, no todo es permisible, sino que es preciso poner límites a lo que se pueda considerar como actitudes y comportamientos aceptables. Hay sobre todo dos cuestiones con las que hay que tener mucho cuidado: que un grupo cultural pretenda eliminar o dominar a otro u otros grupos, y que imponga restricciones opresivas a sus propios miembros. (p.8).

³⁸ Martínez, N. E. (4 de 5 de 2007). La verdad y los valores en la sociedad plural - Emilio ... Recuperado el 28 de 3 de 2014, de http://www.emiliomartinez.net/pdf/Verdad_valores_sociedad_plural.pdf

CAPÍTULO III.

3. Análisis e interpretación de los resultados.

3.1. Encuesta dirigida a Fiscales, Jueces y Profesionales del derecho.

¿Considera que la justicia indígena está enmarcada dentro de los límites del marco normativo interno?

¿Considera que la justicia indígena está enmarcada dentro de los límites del marco normativo interno?		
Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	14	35
No	26	65
Total	40	100%

Fuente: Población encuestada

Elaboración: Juan Diego Tapia



Análisis de los resultados

El 35% considera que la justicia indígena sí está enmarcada dentro de los límites del marco normativo interno. Y el 65% respondió que no.

¿Tiene conocimiento si la justicia indígena se aplica solo en las comunidades indígenas o en todo el país?

¿Tiene conocimiento si la justicia indígena se aplica solo en las comunidades indígenas o en todo el país?		
Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	11	27
No	29	73
Total	40	100%

Fuente: Población encuestada

Elaboración: Juan Diego Tapia



Análisis e interpretación de resultados.

El 27% sí tiene conocimiento que la justicia indígena se aplica solo en las comunidades indígenas o en todo el país. Mientras que el 73% respondió que no tiene conocimiento.

¿Es posible la creación de una nueva institucionalidad en torno a la justicia indígena y ordinaria en el ámbito del pluralismo jurídico?

¿Es posible la creación de una nueva institucionalidad en torno a la justicia indígena y ordinaria en el ámbito del pluralismo jurídico?		
Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	31	77
No	9	23
Total	40	100%

Fuente: Población encuestada

Elaboración: Juan Diego Tapia



Análisis de los resultados.

El 77% cree que sí es posible la creación de una nueva institucionalidad en torno a la justicia indígena y ordinaria en el ámbito del pluralismo jurídico. En tanto que el 23% respondió que no cree posible.

¿Se respetan las resoluciones tomadas en el ámbito del sistema de justicia indígena por parte de las autoridades e instituciones públicas?

¿Se respetan las resoluciones tomadas en el ámbito del sistema de justicia indígena por parte de las autoridades e instituciones públicas?		
Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	45
No	22	55
Total	40	100%

Fuente: Población encuestada
 Elaboración: Juan Diego Tapia



Análisis e interpretación de resultados.

El 45% considera que sí se respetan las resoluciones tomadas en el ámbito del sistema de justicia indígena por parte de las autoridades e instituciones públicas. Mientras que el 55% considera que no se respetan.

¿La construcción en el Ecuador del pluralismo jurídico debe girar en torno a?

¿La construcción en el Ecuador del pluralismo jurídico debe girar en torno a?		
Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Justicia intercultural	12	30
Temas de tierras	11	27
Tema de territorios	9	23
Gestión de conflictos	6	15
Todas	2	5
Total	40	100%

Fuente: Población encuestada

Elaboración: Juan Diego Tapia



Análisis e interpretación de resultados.

El 45% cree que la construcción en el Ecuador del pluralismo jurídico debe girar en torno a la justicia intercultural. El 27% considera que es en torno a temas de tierras. El 23% cree que en lo relacionado a tema de territorios. El 15% en lo relativo a gestión de conflictos. Y el 5% todas las opciones.

¿Cree correcto que en el Ecuador coexistan dos sistemas de justicia paralelos en lugar trabajar de forma coordinada y armonizados?

¿Cree correcto que en el Ecuador coexistan dos sistemas de justicia paralelos en lugar trabajar de forma coordinada y armonizados?		
Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Sí	29	
No	11	
Total	40	100%

Fuente: Población encuestada

Elaboración: Juan Diego Tapia



Análisis e interpretación de resultados.

El 72% cree que sí es correcto que en el Ecuador coexistan dos sistemas de justicia paralelos en lugar trabajar de forma coordinada y armonizados. En tanto que el 28% respondió que no.

Entrevista

1. ¿Cree que la aplicación de la justicia indígena se enmarca en los preceptos del marco normativo interno ecuatoriano?

De llevarse siguiendo los procedimientos judiciales si sería correcta su aplicación, pero en vista que literalmente se toman la justicia por manos propias descontextualiza esta práctica que tiene años de ser ejecutada entre la comunidad indígena.

2. ¿Desde su punto de vista tiene conocimiento si la justicia indígena se aplica solo en las comunidades indígenas o en todo el país?

Es en todo el país donde habita la población indígena, sin embargo es más notoria en las comunidades indígenas por la publicidad que recibe de los medios de comunicación.

3. ¿Es posible la creación de una nueva institucionalidad en torno a la justicia indígena y ordinaria en el ámbito del pluralismo jurídico?

De hecho ya se están dando cambios para que haya esa interacción entre ambas formas de justicia, teniendo aplicación la justicia indígena cuando no se trate de asuntos penales.

4. ¿Se respetan las resoluciones tomadas en el ámbito del sistema de justicia indígena por parte de las autoridades e instituciones públicas?

Sí, porque como cite en líneas precedentes solo ciertos aspectos corresponden a la justicia indígena.

5. ¿La construcción en el Ecuador del pluralismo jurídico debe girar en torno a?

El respeto de los Derechos Humanos y dignidad de las personas.

6. ¿Cree correcto que en el Ecuador coexistan dos sistemas de justicia paralelos en lugar trabajar de forma coordinada y armonizados?

Si es posible.

CAPÍTULO IV.

4. Conclusiones y recomendaciones.

4.1. Conclusiones.

Las demandas del pueblo indígena conformado en sus diferentes colectivos han hecho que se empiece a reconocer la diversidad cultural y autonomía en los diversos espacios del quehacer nacional, esto ha convertido a la pluralidad en un rasgo clave en el ámbito jurídico, lo cual tiene como efecto que la normativa interna e institucionalidad estatal se haya ido acoplado a los cambios producto de las conquistas ganadas.

El pluralismo jurídico ha conllevado a ser un referente central que permite la discusión para que se reconozca el Derecho Indígena, debido a que existe desde antes de la llegada de los españoles al país, pluralismo que ha conllevado a la transformación del Estado, para dejar de ser un Estado monocultural.

Cuando se habla de pluralismo jurídico se hace énfasis en la existencia de un modelo que acoge en un espacio sociopolítico multiplicidad de prácticas que permiten resolver conflictos legales paralelos, lo cual provoca conflictos pertinentes en torno a quien debe tener jurisdicción de ciertos casos que se suceden en territorio indígena.

En el caso de aplicación que conlleva la justicia indígena y sus respectivas prácticas de sanción con enfoques desde su cosmovisión, se contraponen a normas constitucionales que atentan contra los derechos humanos, situación que limita el ejercicio en el Ecuador del pluralismo jurídico, esto implica una desnaturalización de derecho propio.

4.2. Recomendaciones.

Incluir en el sistema educativo del Ecuador la enseñanza en todos los niveles de educación sobre temas que instruyan a los estudiantes que el Ecuador es un Estado pluricultural, donde el pluralismo jurídico es una realidad y como tal se debe tener una nueva actitud mental, abierta hacia un consenso plural en sus más amplias acepciones que propendan la integración de todos.

Generar herramientas jurídicas capaces de ir superando las desigualdades que han conllevado relegar a las comunidades indígenas, las mismas que han soportado décadas y hasta siglos de inequidades por parte de quienes se han ido turnando en el poder y no han logrado materializar sus derechos individuales y colectivos que les permitan gozar de los derechos establecidos en las normas constitucionales.

Consensuar entre todos los actores que forman parte del entramado social para que el pluralismo jurídico de paso a que el pueblo indígena, al igual que negros, cholos y montubios forme parte en la toma de las grandes decisiones que se vayan tomando, esto es algo consustancial en un Estado de derechos, lo cual no solo mejorará las relaciones sociales sino que implicará mejorar la calidad de la sociedad en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA.

Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 20 de octubre 2008 Editorial: Corporación de estudios y Publicaciones. Quito.

Asamblea Nacional. (). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito. Registro Oficial No 544.

Asamblea Nacional. (2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito. Registro oficial No. 52. 22 de octubre 2009

Arnaud André-Jean. Fariñas Dulce, María José. (1996). Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. p.226

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi.

Assies, Willem. (1999). Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina, en Assies Willem y otros, edit., El reto de la diversidad, México, El Colegio de Michoacán.

Bobbio, Norberto. (1997). Teoría general del Estado. Editorial Temis. Bogotá.

Falcão, Joaquim A (1984). Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas. Rio de Janeiro: Forense.

Fariñas Dulce, María José. (2004). Globalización, ciudadanía y derechos humanos. Editorial Dykinson S.L. España.

Flores, Elba y otros. (2007). Autodeterminación y derechos territoriales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el debate constituyente en Bolivia. Cochabamba, Agua Sustentable, CEJIS, CENDA, CEFREC, NINA.

Foucault, M. (2000). Defender la sociedad. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

Gurvitch, G. (1932). La idea del Derecho social. La experiencia jurídica y filosofía del derecho. París.

Hobbes Thomas. (1994) Leviatán. México. Editorial Gernika.

Krotz, Esteban. (2002). Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio de derecho. Editorial Anthrpos. México.

Kymlicka, Will. (1996). Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Editorial Paidós. Barcelona.

Marés, Carlos Federico, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos de los pueblos indígenas”, en Enrique Sánchez. (1996). Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina, Bogotá, COAMA, Disloque.

Mbay E., Assane. Ousmane S. (2011). Diversidad y gobernanza legítima en África: elogio del pluralismo, en El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza? Instituto de investigación y debate de la gobernanza Lima. www.institut-gouvernance.org

Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Asamblea General de las Naciones Unidas.

Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Asamblea General de las Naciones Unidas.

Neves, M. (2003) “Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina”. En “Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos”, García Villegas M. y Rodríguez César, Editores ILSA. Bogotá.

Ochoa García, Carlos. (2002). Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico. Ediciones Cholsamaj. Guatemala.

OEA. (1966).. Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. New York

ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París

Oliveria, L. (2003). Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil, notas para un balance. En Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. García Villegas M. y Rodríguez César. ILSA. Bogotá.

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169 de la OIT. Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Santiago de Chile.

Padilla, Guillermo. (1996). Derecho mayor indígena y derecho constitucional; comentarios en torno a sus confluencias y conflictos, en Stefano Varese, coord., Pueblos indios, soberanía y globalismo. Quito. Editorial Abya Yala.

Rouland, Norberto. Anthropologie juridique. París: PUF, 1988. p. 76. Ver también: GILISSEN, John. (Dir). Le pluralisme juridique. Ed. de la Univesidad de Bruselas, 1972.

Salazar D. (2003). Una base conceptual y diez preguntas puntuales. Tesis para obtener el título de Abogada. Universidad San Francisco de Quito.

Santos, Boaventura de Sousa, (1998). De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad. Uniandes. Bogotá.

Santos, Boaventura de Sousa. (1988). El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Editorial Sergio A Fabris. Porto Alegre.

Santos, Boaventura de Sousa. (2007). La reinención del Estado y el Estado Plurinacional, Cochabamba, CENDA, CEJIS, CEDIB.

Sartori, G. (2001). La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Editorial Taurus. Madrid.

Wolkmer, Antonio Carlos. (s/f). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. Clacso. Argentina.
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>

FORMATO DE ENCUESTA

1. ¿Considera que la justicia indígena está enmarcada dentro de los límites del marco normativo interno?

Si

No

2. ¿Tiene conocimiento si la justicia indígena se aplica solo en las comunidades indígenas o en todo el país?

Si

No

3. ¿Es posible la creación de una nueva institucionalidad en torno a la justicia indígena y ordinaria en el ámbito del pluralismo jurídico?

Si

No

4. ¿Se respetan las resoluciones tomadas en el ámbito del sistema de justicia indígena por parte de las autoridades e instituciones públicas?

Si

No

5. ¿La construcción en el Ecuador del pluralismo jurídico debe girar en torno a?

Justicia intercultural

Temas de tierras

Tema de territorios

Gestión de conflictos

Todas

6. ¿Cree correcto que en el Ecuador coexistan dos sistemas de justicia paralelos en lugar trabajar de forma coordinada y armonizados?

Si

No