
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

Los caminos de la justicia intercultural

Luis Fernando Ávila Linzán*

Sumario

I. Introducción. II. El punto de partida y las rutas posibles: la justicia intercultural. 2.1. El camino recorrido. 2.1.1. Del legalismo postcolonial al constitucionalismo multicultural. 2.1.2. La emergencia del constitucionalismo intercultural. 2.2. El camino por recorrer. III. El personal expedicionario: las autoridades y las personas. 3.1. La autoridad y las personas: entre la realidad y la razón formal del proceso. 3.1.1. El marco de reconocimiento. 3.1.2. Los supuestos de la interrelación de las autoridades y las personas. IV. El punto de llegada: el territorio, la jurisdicción y las competencias. 4.1. El territorio. 4.1.1. El marco de reconocimiento. 4.1.2. Los supuestos de interrelación respecto del territorio. 4.2. La jurisdicción. 4.2.1. Marco de reconocimiento. 4.2.2. Los supuestos de interrelación para la jurisdicción. 4.2.2.1. Fuero indígena/mestizo. 4.2.2.2. Fuero mestizo/indígena. 4.3. La participación. 4.3.1. Marco de reconocimiento. 4.3.2. Los supuestos de interrelación para la participación. 4.3.2.1. Modelo del mínimo jurídico. 4.3.2.2. Modelo de la interpretación intercultural de los derechos. 4.4. La colaboración. 4.4.1. Marco de reconocimiento. 4.4.2. Los supuestos de interrelación para la colaboración. V. Conclusiones. 5.1. El camino de la justicia postcolonial. 5.2. El camino de la justicia intercultural. 5.3. El camino de la justicia emancipadora. VI. Bibliografía.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar – Quito, Diplomado en Derechos Humanos, Instituto Raoul Wallemberg, Suecia-Costa Rica, .Asesor en la Asamblea Nacional.

¿Diferentes, desiguales y desconectados? Plantear los modos de interculturalidad en clave negativa es adoptar lo que siempre ha sido la perspectiva del pensamiento crítico: el lugar de la carencia. Pero ponerse en la posición de los desposeídos (de integración, de recursos o de conexiones) no es aún saber quiénes somos¹.

I. Introducción

La globalización ha sido vista como un fenómeno negativo —en tanto, nivel de dominación— que juega a favor del mercado transnacional y la imposición de un modelo único y hegemónico de vida. No negamos esa realidad de esa nueva forma del capitalismo contemporáneo. Pero, junto con esta realidad, también este mismo fenómeno ha hecho visible la diversidad y la promoción de las culturas locales², lo cual ha propiciado una oportunidad de resistencia contrahegemónica, es decir la globalización de lo local:

La globalización hegemónica es la intensificación de las interacciones de cruce de fronteras y de las relaciones sociales propiciadas por grupos sociales y entidades dominantes para promover sus intereses. La globalización contrahegemónica equivale a las interacciones de cruce de fronteras o instituciones subordinadas para promover sus intereses, a menudo para contrarrestar los efectos perjudiciales que la globalización hegemónica tiene sobre ellos³.

En Latinoamérica, a partir de la década de los noventa, el surgimiento de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas como actores polí-

1 Canclini, Néstor García, *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 25.

2 Stavenhagen, Rodolfo, “Los Derechos Culturales y los Derechos Colectivos en Tiempos de Globalización”, en Ingrid Van Beuren y Óscar Soto Badillo, *Derechos Humanos y Globalización Alternativa: una perspectiva iberoamericana*, Universidad Iberoamericana Puebla, México, 2004, p. 133.

3 Santos de Souza, Boaventura, “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Santos de Souza, Boaventura y García Villegas (comps.), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001, p. 154.

ticos ha sido notoria, coincidiendo con un entorno sociopolítico favorable para el cambio luego de que la mayoría de los países de la Región retornaron a la democracia. Al mismo tiempo, ocurre el auge de los mecanismos universales, regionales y subregionales de defensa de los derechos humanos, particularmente el Sistema Internacional de Derechos Humanos, y aparecen un sinnúmero de plataformas jurídico-políticas de resistencia a las políticas neoliberales que provienen de procesos organizativos indígenas de base, y que buscan la superación la sociedad postcolonial y la construcción de una sociedad más equitativa⁴.

Para esta época, el movimiento indígena apenas se había convertido en un actor emergente de la política ecuatoriana que no pudo consolidar su proyecto político en la Constitución de 1998⁵. Este hecho sólo ocurrió en la de 2008 que significó la culminación de dicho proceso, que buscó el reconocimiento del Estado plurinacional, la incorporación de la interculturalidad como espacio de encuentro entre las culturas indígenas y mestizas en un plano de igualdad, y la inclusión de los derechos colectivos en el estatuto constitucional de derechos⁶.

Dentro de los derechos colectivos reconocidos formalmente, consta el de “*mantener, crear, desarrollar y practicar su derecho propio o consuetudina-*

4 Cfr., Dandler, “Jorge, Pueblos Indígenas e Imperio de la Ley en América Latina: ¿tienen una oportunidad?”, en Méndez, Juan y otros, *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002. Este autor hace un recuento importante del proceso de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos en América Latina. Identifica varios procesos pacíficos como los ocurridos en Perú y Bolivia, y otros que se generaron a partir de la insurgencia o como efecto posterior. Entre los primeros, mencionamos los cambios constitucionales en Brasil (1980) y Colombia (1991), y los esfuerzos por los procesos regionales, mediante los proyectos de Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos; entre los segundos, dos eventos son dignos de destacar: aquellos que se dieron luego de los acuerdos de paz en Guatemala (1996) con el denominado *Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos*; y, el *Acuerdo de San Andrés de Chiapas* (1996).

5 Cfr., Andrade, Pablo, “Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998”, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, Quito, 2004.

6 Llasag Fernández, Raúl, “La Jurisdicción Indígena en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad”, en Andrade, Santiago y otros (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional,

rio”⁷, y el de ejercer “*funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio*”⁸.

Este logro político en su traducción jurídica, devino en tres consecuencias importantes a partir de la configuración del poder, mediante la puesta en marcha de una profunda transformación social⁹. Primeramente, se da materialidad a las normas de derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas, por lo cual éstas ya no son únicamente normas sociales, costumbristas (consuetudinarias) o reglas de comportamiento social particulares de estos grupos, sino que adquieren la misma obligatoriedad y entidad que las normas jurídicas estatales: un derecho objetivo de tipo igualitario que obliga al Estado, al mismo tiempo, a modificar sus estructuras jurídico-monistas¹⁰.

Por otra parte, implícitamente, el Estado renuncia al monopolio de la producción normativa vinculante y acepta que otras normas que no tienen el pedigree de validez tradicional, existan legitimadas por la inminencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario con potencialidades de interrelación.

Finalmente, se pone en un plano de igualdad a otros sistemas de justicia aplicados por los pueblos y nacionalidades indígenas distintos del estatal¹¹.

Ante eso, ¿cuál es la mano invisible que permitiría que una pluralidad de sistemas jurídicos diversos y diferentes pueda coexistir? La Constitución de 2008 nos dice que es la interculturalidad lo que haría posible esta realidad. Sin embargo, no la desarrolla, sino que se limita a dibujar una tenue fron-

Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p. 181. El proyecto político inicia en 1986 a partir de la propuesta de la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE).

7 Véase Constitución del Ecuador, 2008, Art. 56.10.

8 *Ibid.*, Art. 171.

9 García Serrano, Fernando, “Jurisdicción Indígena. Del monismo jurídico a la interlegalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, Quito, p. 484; y, Néstor García Canclini, *op. cit.*, p. 59.

10 Chávez, Gina, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Quito, p. 82.

11 Sostengo que la interculturalidad abre un espacio más amplio de relación con otros sistemas culturales, tales como el acervo de derechos positivos que traen consigo las personas extranjeras, el estatuto de derechos humanos con pretensiones de universalidad, y las distintas regulaciones supra, trans y paraestatales.

tera para delimitarla de manera parecida como sucede en los ordenamientos geopolíticos: sólo reproduce una ficción que limita el ámbito de actuación a ambos lados de aquella, pero no construye los caminos cotidianos de comunicación y encuentro entre los pueblos.

No obstante, la interculturalidad, como realidad social, ha operado y ya existen algunos caminos no oficiales (trochas) que se vienen ensayando desde siempre. ¿Qué caminos faltan para una justicia intercultural? Sobre los caminos que faltan se ha hablado mucho en Latinoamérica, pero poco se ha dicho sobre los caminos que urge construir. El objeto de este trabajo es establecer una hoja de ruta que ayude a encontrar esos caminos con el fin de construir el espacio jurídico-político de la relación intercultural, donde los sistemas de justicia puedan coexistir en un plano de igualdad, participación y coordinación, tal como lo dispone la Constitución vigente¹².

He dividido este trabajo de la siguiente manera: 1) *El punto de partida y las rutas posibles: la justicia intercultural*, mediante el cual intentaré explicar lo que entendemos por “justicia intercultural”. El énfasis en esta parte será doctrinal; 2) *El personal expedicionario: las autoridades y las personas*. Aquí se buscará explicar, básicamente, las formas de reconocimiento y roles de cooperación entre los sujetos procesales; y, 3) *El punto de llegada: el territorio, la jurisdicción y las competencias*, en el cual se analizará los “posibles caminos” que deben construirse o fortalecerse para asegurar la interrelación entre los sistemas jurídicos y de justicia indígena, y sistema de justicia estatal. Existen algunos ejemplos que hemos buscado sistematizar¹³.

12 Véase *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 171.

13 Véase Anexo I.

II. El punto de partida y las rutas posibles: la justicia intercultural

2.1. El camino recorrido

2.1.1. Del legalismo postcolonial al constitucionalismo multicultural

En las sociedades contemporáneas, la diversidad es un hecho real más allá de los posicionamientos políticos y las luchas por superar el colonialismo. El mundo actual es plenamente megadiverso¹⁴. Coexisten imbricados varios niveles de administración del poder que funcionan junto con los estatales. Uno de esos niveles corresponde a la justicia.

Es así que en este entorno, durante la década de los noventa en América Latina, la lucha de los movimientos indígenas en varios países, como consecuencia de la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁵, llevó al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, y de sus derechos colectivos¹⁶. No obstante, este reconocimiento no superaba la simple formalidad y no se instrumentaba en políticas permanentes e integrales. Las pocas que se dieron profundizaron la tendencia integracionista o de asimilación, el paternalismo estatal, el empobrecimiento y la exclusión de los pueblos indígenas¹⁷.

En Ecuador, la Constitución de 1998 marcó el nacimiento de una nueva forma de concebir el Estado y sus manifestaciones, la participación política y las relaciones sociales, mediante lo que se podría llamar “cons-

14 Bonilla, Marcelo, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 54.

15 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989.

16 Zamudio, Teodora (comp.), *Calidad Legislativa Indígena en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, BID, 2003, p. 7. Según este informe, de 113 indicadores para medir la calidad legislativa respecto de la legislación indígena, Ecuador cumple con 71, y se encuentra en cuarto lugar. Colombia (75), Bolivia (72) y Nicaragua (72).

17 Dandler, Jorge, *op. cit.*, pp. 122-123.

titucionalismo multicultural”¹⁸. Por medio de la resistencia del movimiento indígena, representado por *Pachacutik-Nuevo País* y algunos partidos de centroizquierda, se amplió el estatuto de derechos¹⁹ y se codificaron las garantías constitucionales, los principios de la justicia, los mecanismos de la independencia judicial externa y el sistema de control de la constitucionalidad conseguidos, básicamente, en las reformas constitucionales de 1992 y 1996.

Dentro de esas modificaciones, el reconocimiento de las *funciones de justicia indígena* fundados en la aplicación de normas y procedimientos propios, cuya fuente fueren sus costumbres o el derecho consuetudinario, llevaría al legislador constituyente a introducir el mandato de asimilar, mediante una ley, a estas funciones diferentes con el sistema único y dominante al cual debían estar subordinadas: el sistema nacional de justicia²⁰. Lo que se podría denominar una especie de *justicia multicultural igualitario-proporcional*, según la cual se estableció tratos diferentes a grupos diferenciados por sus formas particulares de justicia²¹.

Estos cambios buscaron reproducir en la naturaleza de la administración de justicia del Estado una integración pluricultural y multiétnica²², y abrir las puertas en los siguientes años, para restringir o ampliar, los alcances, las competencias y las limitaciones de la administración de justicia estatal, cuando entrara en conflicto con los sistemas de justicia indígena. No obstante, más allá del bloqueo sistemático a las propuestas legislativas para “compatibilizar” estas funciones (en realidad, asimilar) con la justicia estatal, se logró una especie de respeto social y tolerancia *folklórica* desde la legalidad oficial a lo diferente²³:

18 Walsh, Catherine, “Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico”, en Salgado, Judith, *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, p. 24.

19 Cfr., Andrade, Pablo, *op. cit.*

20 Constitución del Ecuador, 1998, Art. 171.

21 Chávez, Gina, *op. cit.*, p. 71.

22 Constitución del Ecuador, 1998, Art. 1.

23 Pacari, Nina, “Pluralidad Jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida”, en Salgado, Judith (ed.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, p. 86.

es necesario acentuar que, en el análisis, no se trata de señalar supremacías de uno u otro ordenamiento jurídico, sino señalar que *son distintos pero pueden convivir con armonía en una sociedad incluyente y en un Estado que se ha declarado como pluriétnico y pluricultural* (sic).

En realidad, con esto se puso en vigencia la famosa doctrina de “iguales, pero separados” que tuvo tanto éxito antes de la reforma jurisprudencial de la Corte *Warren* durante los años cincuenta y sesenta en los Estados Unidos, según la cual no se violaba el principio de igualdad constitucional mediante la separación de las personas racial y culturalmente distintas en el espacio público. Así, se permitía que existieran escuelas para negros y para blancos, pues se entendía que a ambos se garantizaba el derecho a la educación, aun cuando, en realidad, fuera en condiciones estructuralmente desiguales²⁴.

No obstante, la Constitución de 1998 amplió el proceso de democratización, el cual se vio truncado justamente por la incapacidad del movimiento indígena de realizar un proyecto legitimado ante los estratos mestizos de clase media²⁵, y los mitos y miedos que se tejieron alrededor de la mal entendida justicia indígena. Detrás de estos mitos, en realidad operaba un desconocimiento de los valores propios del sistema jurídico ancestral²⁶.

Como propuesta se presentaría el “*Anteproyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*”, que se fundamentó en una codificación realizada por la Comisión de Asuntos Indígenas y otras Etnias del Congreso Nacional durante el 2001, este fue elaborado por académicos de la Universidad Andina Simón Bolívar²⁷. Nunca pasó del primer debate; el

24 Cfr., *Semblanza del Sistema Jurídico de los Estados Unidos*, Oficina de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, pp. 26-28. Esta doctrina jurisprudencial comenzó con la sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896) y fue cambiada por la sentencia *Bronw vs. Junta de Educación* (1954).

25 Andrade, Pablo, *op. cit.*

26 Poveda, Carlos, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en Revista Foro No. 8, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, Quito, p. 183.

27 Andrade Ubidia, Santiago, *op. cit.*, p. 144. Este grupo de investigación estuvo integrado por Ximena Endara, Agustín Grijalva y Julio César Trujillo, y contó con el apoyo de Projusticia y el Banco Interamericano para el Desarrollo (2000-2001).

proyecto fue archivado por la Comisión de lo Civil y Penal del Congreso Nacional²⁸.

2.1.2. La emergencia del constitucionalismo intercultural

Era necesario adoptar una nueva estrategia política que lograra darle viabilidad a los sistemas de justicia indígena ya reconocidos. La interculturalidad es propuesta por la COANIE en 1998, como un proceso y proyecto social ético y político que buscaba transformar radicalmente las estructuras, las instituciones y relaciones de la sociedad²⁹. Esta propuesta se basó en la necesidad de construir el diálogo intercultural como mecanismo de construcción de una sociedad igualitaria e incluyente de todas las culturas, y que, a su vez, viabilice la plurinacionalidad³⁰.

Este diálogo intercultural, según el esquema propuesto por Josef Estermann, sería una forma de comunicación y de construcción del conocimiento entre las culturas (filosofía de la experiencia)³¹, pero también un cambio ideológico para la transformación social y la materialización de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades³². En lo jurídico, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas en octubre de 2007, tomando en cuenta el camino recorrido luego del Convenio 169 de

28 Stavenhagen, Rodolfo, "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006, p. 18, párr. 61.

29 Walsh, Catherine, *Interculturalidad y Plurinacionalidad. Elementos para el debate constituyente*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008, p. 7.

30 Confederación de Nacionalidades Indígenas (COAIE), *Propuesta Mínima de un Estado Plurinacional*, 2008. Cfr. Canclini, Néstor García, *op. cit.*, identifica tres grandes tendencias teóricas con sus correlativas políticas y problemas para explicar la fenomenología que es parte de este debate: a) la diferencia-multiculturalismo-política de la inclusión (ciudadanía), b) la desigualdad-interculturalidad-política de la tolerancia (resistencia), y, c) la comunicabilidad-interculturalidad-política de la conexión (diálogo). El proyecto político de la COAIE parecería estar enmarcada dentro de la última de estas visiones.

31 Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ediciones Abya Yala, Quito, 1998. pp. 13-45.

32 Ávila Linzán, Luis Fernando, "El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas", en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de

la OIT³³. Posteriormente, devino la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001 en la cual se adoptó el lenguaje de la diversidad³⁴.

Sobre esa base, se incorporó en la Constitución de 2008 el principio de interculturalidad como eje transversal en cuatro dimensiones. Primero como integrante de la naturaleza del Estado con el fin de hacer posible la plurinacionalidad³⁵, segundo como principio-guía de la actividad estatal y las políticas públicas³⁶; tercero como principio de interpretación constitucional³⁷, y, cuarto como principio articulador de los procesos sociopolíticos de diálogo para la construcción de una nueva sociedad³⁸.

En el ámbito de la justicia, esto implicó la constitucionalización de los sistemas jurídicos y de la justicia indígena, sobre un plano de igualdad. Ya no se busca la asimilación al orden nacional de las formas de justicia indígena, sino la coordinación y cooperación entre aquellas³⁹. Esto es, sin duda, una derivación, además, de la renovada naturaleza del denominado Estado consti-

Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 205; Santos de Souza, Boaventura, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Ediciones Uniandes, Bogotá, p. 357. Boaventura utiliza la denominación de diálogo “multicultural” o “transcultural”, pero el contenido conceptual apunta hacia el mismo sentido. Este autor pone énfasis en las relaciones globales y la construcción de espacios de resistencia contrahegemónica y desregulación estatal hacia un estado de naturaleza cercano a la sociedad pensada por Rosseau.

33 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, res. 61/295, sexagésimo primer período de sesiones, octubre 2007.

34 Asamblea General de la UNESCO, *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, Sesión 31,21 noviembre 2001.

35 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 1.

36 *Ibid.*, p. ej., Art. 16 (comunicación) y 27 (educación).

37 *Ibid.*, p. ej., Art. 11.2 (identidad cultural como elemento de la igualdad) y 11.7 (la progresividad de los derechos incorpora como fuente los sistemas jurídicos de los pueblos y nacionalidades). No obstante, se debe establecer que todas las menciones sobre interculturalidad del texto constitucional pueden ser consideradas como principios de interpretación constitucional para entender el alcance y limitaciones de los derechos.

38 *Ibid.*, p. ej., Art. 2 (la inclusión del quichua y el shuar como idiomas oficiales de relación intercultural), y Art. 28 (la obligación del Estado de promover el diálogo intercultural).

39 Ávila Linzán, Luis Fernando, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 242.

tucional de derechos y justicia, donde las/os operadoras/es de la justicia tienen un rol creativo⁴⁰, y la justicia tiene el potencial de convertirse en una tribuna de los excluidos y en un renovado espacio de legitimación de la democracia latinoamericana⁴¹.

También, en el mismo ámbito se estableció el ejercicio colectivo de los derechos —no sólo los individuales sino aquellos que en la dogmática se consideran colectivos—. Lo cual tiene una doble incidencia. Por un lado los derechos colectivos se materializan como un derecho humano constitucionalizado; y, por el otro, se abre a su exigibilidad colectiva, lo cual fortalece las propias particularidades comunitarias indígenas, así como la ampliación del espectro de los derechos —ya no sólo los individuales, tales como el derecho a la vida—, su integralidad y lo que se podría denominar un derecho a la pluriculturalidad⁴².

2.2. El camino por recorrer

Catherine Walsh, luego de aprobada la Constitución de 1998, ya advertía que la sola constitucionalización, legalización o juridización de las nuevas formas que adquirirían los sistemas de justicia indígena no significaba alcanzar *per se* el anhelo de una sociedad intercultural, puesto que ésta respondía a un proceso social continuo y permanente; sin embargo, admitía que muchas de las relaciones de poder de la sociedad están insertas en las leyes⁴³. En otras palabras, la falta de legislación para regular la interrelación entre las justicias indígenas y la estatal, no ha impedido el ejercicio de la justicia indígena en la práctica coexistiendo con la justicia estatal⁴⁴:

40 Montaña, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ávila Santamaría, Ramiro y otros (eds.), *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 195.

41 Correa Sutil, Jorge, “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?”, en Méndez Juan, O’Donnell Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (compiladores), *“La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina”*, Paidós, Buenos Aires, 2002. p. 278.

42 Trujillo, Julio César y otros, *Justicia Indígena en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2001, p. 34.

43 Walsh, Catherine, *op. cit.*, pp. 27-28.

44 Stavenhagen, Rodolfo, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y

en las realidades locales han sobrevivido prácticas de justicia, normas y actores comunales que han seguido regulando los conflictos conforme a sus propios principios legitimados, pero también haciendo uso de normas, recursos e instituciones que el modelo estatal ha implantado, lo que ha producido una coexistencia de diversos órdenes legales y diversos operadores que interactúan⁴⁵.

Esto demuestra, además, que las sociedades contemporáneas son plurales y diversas más allá del reconocimiento formal⁴⁶.

Fue así entonces que, como parte de una de la certeza de las clases dominantes sumado a la tradición legalista de nuestra América, se provocó el bloqueo político para el Proyecto de Ley para la Compatibilización de las Funciones de Justicia Indígena con el Sistema de Justicia Nacional⁴⁷. Hay que considerar, la incapacidad de los movimientos indígenas de movilizar a la opinión pública y a los sectores mestizos a favor de la discusión sobre la justicia indígena⁴⁸.

No obstante, luego de promulgada la Constitución de 2008, a partir del mandato concreto del artículo 171, se propone una Ley para la Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria⁴⁹. Este mandato busca identificar los lugares de encuentro de los sistemas de justicia indígena con el sistema estatal bajo el entendido de la igualdad. Pero no significa que deba ser, necesariamente, un solo cuerpo legal el que se encar-

las libertades fundamentales de los indígenas”, resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006, p. 18, párr. 62.

45 Regalado, José, “Criterios para un Modelo de Regulación Plural en el Perú”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 78.

46 Santos de Souza, Boaventura, “Los Paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Santos de Souza, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Panamerica Formas, 1ra. reimpresión, Bogotá, 2004, p. 132.

47 García, Fernando (coord.), *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, FLACSO, Sede Ecuador, Quito, 2007, pp. 49 y 50, Internet, http://www.flacso.org.ec/docs/convenio_oit2.pdf.

48 Espinoza, Roque, “Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena”, en Salgado, Judith (ed.), *Justicia Indígena. Apuntes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, p. 60.

49 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 171.

que de esta regulación, puesto que la misma disposición citada determina que se regule, también, los límites externos dentro de los cuales se desarrollan los sistemas de justicia indígena.

El camino que falta por recorrer está en el mismo estado que la interculturalidad y el pluralismo jurídico de la Constitución de 2008: en construcción. Apenas se han abierto trochas que pueden llevarnos hacia una justicia intercultural.

Dos trochas van delineando el camino en la oscuridad de las categorías-conceptos jurídicos, y las prácticas concretas de interrelación. De esta manera, se han regulado dos presupuestos externos a la actuación de estos sistemas: a) la autolimitación de la justicia ordinaria respecto de los sistemas de justicia indígena o deber de abstención judicial⁵⁰, y, b) la potencial restricción por la trasgresión de los derechos humanos.

La primera trocha consiste en una regulación que se la realizó mediante la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, donde se establece el Título VIII: “Relación de la Jurisdicción Indígena con la Justicia Ordinaria”⁵¹.

En esas disposiciones se trata de regular el deber de abstención de las autoridades de la justicia ordinaria (juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores) cuando se constate la existencia de hechos que están siendo conocidos por una autoridad de justicia indígena que se instrumenta en la “declinación de la competencia”⁵². Debemos recalcar que este presupuesto se espera que opere como un espacio de maximización de la justicia indígena y como una autolimitación de la justicia ordinaria⁵³. La maximización está asegurada en el sentido de que en la voluntad expresa de la autoridad de la justicia indígena está la potestad de reclamar la competencia y demostrar sumariamente su calidad de autoridad. La negativa no excluye, por supuesto, la activación de los mecanismos de garantía y control constitucional generales a la pluralidad jurídica.

50 Ávila Linzán, Luis Fernando, “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 76.

51 Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343-346.

52 *Ibid.*, artículo 345.

53 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-349/96 y C-037/96.

La segunda trocha es la que se desarrolló en la reciente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aprobada, en la cual se estableció como objeto de una acción de protección por la actuación inconstitucional de una autoridad de la justicia indígena, por violación de los derechos, y la discriminación en contra de la mujer “por el hecho de ser mujer”⁵⁴.

Ahí la restricción ocurre en cuanto las prácticas de la justicia indígena pasen la frontera puesta a todos los sistemas de justicia. No obstante, este mecanismo no garantiza totalmente la maximización de la justicia indígena, puesto que no permite a aquella reparar por sí misma las violaciones desde su propia realidad, sino que autoriza la actuación directa y unilateral de la Corte Constitucional.

Debió establecerse un mecanismo por el cual la actuación de esta Corte fuera subsidiaria al propio mecanismo interno de las justicias indígenas. Aunque esto no quiere decir que la Corte, sin embargo, mediante su jurisprudencia, permita en el futuro la reparación *a priori* por parte de las autoridades de la justicia indígena. En todo caso, no debe ocurrir lo mismo que, en la experiencia de la Corte Constitucional colombiana, quien ha roto procesos de auto-reflexión sobre los alcances de sus prácticas y de asunción (no asimilación) de patrones que pudieran resultarles benévolos del mundo occidental⁵⁵. En otras palabras, dejemos que ellos mismos corrijan e interioricen el cambio de sus patrones culturales de decisión.

54 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 65-66.

55 Sánchez Botero, Esther, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, Bogotá, 2006, pp. 173-279; de la misma autora, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares”, en Huber, Rudolf, (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 139. En estos trabajos, la autora presenta algunos casos en los cuales la Corte actúa y —a pesar de que las autoridades indígenas manifiestan estar conscientes de los cambios que deben realzar en sus prácticas para humanizar su derecho (desde su propia comprensión)— ha intervenido. Es particular el caso de los gemelos del pueblo *Paez*, en donde la Corte decide que, en aplicación del principio de interés superior del niño y por un sentido de precaución, no se le podía devolver a la comunidad, que hicieran un ritual para restablecer el equilibrio comunitario y espiritual; aun cuando las autoridades aseguraban que consideraban que la tradición no había sido apli-

En todo caso, el intervencionismo judicial es un mecanismo óptimo pero no suficiente, puesto que puede legitimar un tecnicismo-academicista abstracto que, a su vez, puede desvincular la práctica social y diferenciada de los pueblos y nacionalidades. El otro extremo sería caer en un activismo ciego que no instrumente los mecanismos de exigibilidad de derechos a favor de los pueblos⁵⁶.

En todo caso, el problema más grave del intervencionismo de la justicia estatal es que el juego decisionista ocurre en su cancha, donde el poder simbólico y la intolerante deslegitimación del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas de los operadores de justicia, terminaría asimilando las prácticas de la justicia indígena, y acatando lo diferente en lo que no cuestiona la lógica oficial. Puesto que, como lo demuestra Bonilla, siguiendo el esquema de *Bourdieu*, la deslegitimación por parte de los operadores de justicia ocurre por su posición hegemónica en el campo jurídico⁵⁷.

Destaca en la regulación que comentamos su énfasis en la garantía de las mujeres. Este punto es interesante toda vez que —tradicionalmente— se ha visto desde los modos de pensar y vivir de los pueblos indígenas que las plataformas de género eran intrusiones occidentales en una cultura que concebía a mujeres y hombres como complementarios y no como diferentes. No obstante, la aparición de varias organizaciones de mujeres indígenas ha evidenciado que las mujeres son discriminadas tanto por la justicia ordinaria como por la indígena⁵⁸.

Ambas regulaciones establecen un conjunto de principios que no norman el espacio de interrelación, sino que introducen el nuevo lenguaje de la justicia intercultural, que permitiría a la actividad de los sistemas de

cada en años y que en este caso sólo se buscaba realizar un ritual sin daños físicos o morales para el niño. La Corte pudo haber comprometido su seguimiento, por medio de la Defensoría del Pueblo o de sí misma y brindar la oportunidad al pueblo *Paez* de reparar su propia violación y permitir el cambio consentido de sus prácticas ancestrales.

56 Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 302-308.

57 Bonilla, Marcelo, *op. cit.*, pp. 58 y 66. El autor hace referencia especial al famoso caso “La Cocha”, en el cual el Juez Segundo de lo Penal se inhibió de conocer de un caso que estaba en conocimiento de la justicia indígena, aplicando el principio *non bis in idem*, desagregado del Convenio 169 de la OIT. El autor hace notar que la justicia oficial vio esta decisión como un “*delirio empírico*”.

58 García Serrano, Fernando, *op. cit.*, p. 492.

justicia en diálogo intercultural delinear este espacio de contornos aún borrosos.

Estos principios tienen el potencial de abrir el camino que viene y hacer de estas trochas, que son aún parajes de la insurgencia judicial, vías permanentes hacia el diálogo intercultural.

Finalmente, estos principios incorporan cuatro grandes ejes: i) interculturalidad estructurada sobre la igualdad de las justicias y la diversidad como fuente de la interrelación; ii) pluralidad jurídica; iii) autonomía, entendida como maximización y mínima intervención estatal en los sistemas de justicia indígena; y, iv) apropiación de elementos de la cultura para la participación de los pueblos y nacionalidades en la justicia ordinaria.

Estos lenguajes tienen como fin fundar los nuevos códigos de la interrelación de las justicias, sobre la base de principios consensuados y no necesariamente universalizados, o como nos propone Boaventura de Sousa Santos:

- i. La dignidad humana: todas las culturas tienen una noción propia y que debe ser entendida;
- ii. La incompletud de todas los presupuestos culturales particulares; y,
- iii. A su vez, la completud de estos mismos presupuestos⁵⁹.

La complementariedad de estos códigos culturales son los que buscan construir una nueva semiótica social que den vida a un derecho muerto en el legalismo liberal y que debemos sepultar con las herramientas de la emancipación social. Algunas de esas herramientas pueden ser la justicia y los sistemas de derechos distintos del estatal.

59 Santos de Souza, Boaventura, *op. cit.*, pp. 352-359.

III. El personal expedicionario: las autoridades y las personas

3.1. La autoridad y las personas: entre la realidad y la razón formal del proceso

3.1.1. El marco de reconocimiento

El *Convenio 169 de la OIT* establece un régimen de reconocimiento de la justicia indígena en tres niveles.

Autoridad:

- (1) El primer nivel de tolerancia positiva o de asimilación. En tanto, el artículo 8 establece que la legislación nacional deberá tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario, es decir, modifica el sistema de fuentes formales del derecho; que serán respetadas sus propias instituciones en tanto no contravengan el estatuto de derechos humanos, nacional e internacionalmente reconocido, con lo que se está legitimando la naturaleza propia y autónoma de la autoridad y las personas indígenas dentro de los sistemas jurídicos indígenas, siempre que estén dentro de los márgenes del derecho oficial⁶⁰.
- (2) El otro nivel es de tolerancia negativa o de abstención de la institucionalidad judicial estatal. Según esto, se deberá respetar las formas para resolver tradicionalmente los delitos cometidos por los miembros de los pueblos; y, se tomarán en cuenta las costumbres de los pueblos por parte de la judicatura estatal en materia penal (cuando hablemos de la materia, volveremos sobre este punto)⁶¹.
- (3) El tercer nivel en el cual se abre el espacio para la interrelación, cuando se expresa que deberá contar con mecanismos para resolver los conflictos entre las instituciones estatales y las que son propias de

60 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 8.

61 *Ibid.*, Art. 9.

los pueblos. De aquí se inspiran las propuestas normativas para la compatibilidad, cooperación o participación⁶².

No obstante, en este instrumento internacional la visión política sigue siendo la asimilación cultural, puesto que no se altera en nada la subordinación de los sistemas de justicia indígena, y el monopolio del derecho y la judicatura estatal. Además, se coloca al derecho propio y los sistemas jurídicos indígenas como “categorías sospechosas”, y por tanto, potencialmente contrarias o peligrosas al derecho oficial.

- (4) Un cuarto nivel de autonomía se añade al positivarse en la reciente *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*⁶³, dos grandes principios: a) El primero sobre la autodeterminación (derecho a la libre determinación), que es una categoría atenuada del principio de autodeterminación de los Estados del Derecho Internacional Público⁶⁴, y, b) el de autogobierno (mantener y reforzar sus instituciones, entre ellas, las jurídicas), dentro de las normas internacionales de derechos humanos⁶⁵.

Este nivel es importante porque reconoce sustantividad al derecho propio de los pueblos y nacionalidades, a las formas de realizar la justicia, y las pone en un plan de igualdad con el derecho oficial, aun cuando, simbólicamente, sigue conservando el prejuicio sobre la potencial peligrosidad de estos sistemas. Y le permite tener control sobre la organización política respecto de la realización de la justicia.

- (5) Frente a esto, la Constitución del Ecuador vigente, incorpora un quinto nivel de especificidad: a) se reconoce una mayor diversidad de colectividades a más de los pueblos: las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas; b) se enfatiza en la peligrosidad del derecho propio en relación con los derechos de niños, niñas, adolescentes y mujeres; y, c) se reconoce una jurisdicción especial indígena. Es importante notar que no se reconoce expresamente estos

62 *Ibid.*, Art. 8.1.

63 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, Art. 3.

64 Carta de Naciones Unidas (1945), Art. 1.2.

65 *Ibid.*, artículos 4, 5 y 34.

derechos para otros grupos culturales, tales como los montubios y afroecuatorianos⁶⁶.

Según esto, la autoridad de justicia indígena y la participación de las personas indígenas es autodeterminada, autónoma e integral. Deciden cuánto, cuándo, cómo y qué. El “hasta...” es un adverbio reservado aún al derecho estatal.

3.1.2. Los supuestos de la interrelación de las autoridades y las personas

Hemos denominado como “supuestos de interrelación” a algunos elementos generales que pueden ayudar a entender la naturaleza propia de la autoridad dentro de los sistemas de justicia indígena. A pesar de la enorme intra y extra diversidad existente en estos sistemas, vamos a intentar establecer algunas características de interrelación:

- (1) La autoridad estatal está en ventaja, y en nivel de competencias no igualitario. La autoridad estatal dispone de recursos. La naturaleza de la autoridad indígena no proviene de la racionalidad *weberiana* de la organización estatal: la burocracia profesionalizada.
- (2) Tiene su legitimidad en las formas organizativas propias de cada comunidad⁶⁷. Su legitimidad tiene una gran carga simbólica. Es lo que se ha denominado como *sistema de cargos*, que es el conjunto de responsabilidades comunitarias que le corresponden como miembro de una comunidad⁶⁸. Entre éstas, consta la de dirigir la discusión comunitaria para resolver los conflictos. Pero esto no es una práctica institucional estructurada —si se quiere burocratizada—, sino que forma parte de una responsabilidad cotidiana.
- (3) La autoridad está imbricada y entrelazada por la influencia de la cultura dominante y su derecho positivo. Así tenemos los cabildos, o autoridades estatales actuando con funciones indígenas, tales como

66 Constitución del Ecuador, 2008, artículos 57.10, 59 y 171.

67 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 17.

68 Laura, Carlsen, “Autonomía indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición”, Revista Chiapas, México, internet, <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota26.htm>.

las juntas parroquiales, los alcaldes, etc.⁶⁹ Pero las autoridades de justicia indígena tienen particularidades propias. Una de estas, tal vez la más importante, es su naturaleza comunitaria. A diferencia de la concepción de lo jurídico desde la administración de justicia estatal, en la perspectiva indígena está enlazado y entrelazado en la organización social y política, con la práctica de la justicia. Los fines que se buscan con la actuación de la autoridad de la justicia indígena son la armonía y el equilibrio comunitarios⁷⁰.

- (4) No ejercer una actividad remunerada ni permanente —esto no quiere decir que no deba serlo—, aunque la comunidad suele colocar recursos en especie para la celebración de los procesos de la justicia indígena. Luego, se vuelve a las labores normales. La autoridad aparece para el caso concreto y se integra colectiva y espontáneamente para resolver el conflicto con valor simbólico correspondiente, en los espacios comunes, cotidianos. Mientras en la justicia estatal, los despachos judiciales son los lugares exclusivos para el procesamiento de los conflictos, mediante un ritual estandarizado⁷¹.

Las personas

- (1) El proceso de acumulación capitalista de la sociedad mestiza es contrario al que se puede advertir entre los pueblos y nacionalidades indígenas. El prestigio se adquiere en la medida en que se compartan los excedentes, y no por la sola acumulación de bienes sin sentido⁷².

69 Cruz Rueda, Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 41.

70 Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario en América Latina”, en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p. 41.

71 *Ibid.*, p. 42.

72 Granizo, Asdrúbal, “Derecho de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica”, en Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (COANIE), Quito, 2002, p. 40.

No obstante muchas comunidades están sustituyendo estas estructuras económicas por las propiamente mestizas, debido al influjo de los valores del mercado general.

- (2) El mal servicio y lo que se podría denominar exigibilidad de justicia no es exclusivo de la justicia ordinaria ni de la indígena. Es posible que los conflictos tampoco se resuelvan por una mala actuación de la justicia indígena. Se debe garantizar un mecanismo para enervar un mal servicio de justicia parecido al que tienen las servidoras y servidores de justicia. Hay quienes han opinado que sean las propias instituciones nacionales de la judicatura⁷³. No estamos de acuerdo con esto, puesto que la integración de esta institución estatal no es plurinacional, lo cual tendría el potencial de convertirse en una política de asimilación al orden dominante. Deben ser sus propias autoridades corregir, con sus reglas, estas posibles desviaciones.

IV. El punto de llegada: el territorio, la jurisdicción y las competencias

4.1. El territorio

4.1.1. El marco de reconocimiento

El *Convenio 169 de la OIT* incorpora el concepto de territorio como una obligación de los Estados, que va más allá del valor material o económico que puede tener la tierra. El territorio no es una mercancía que encierra en sí el proceso de acumulación histórica del capital, sino que inspira una realidad colectiva o comunitaria, de relación espiritual, ritual o metafísica con la naturaleza que debe ser considerada⁷⁴.

⁷³ Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁴ Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 13; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua*, 31 agosto 2001. En este caso, se decidió que el Estado de Nicaragua no había cumplido con el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad *Awas Tigni*. Incorpora los conceptos: patrón de uso de la tierra y continuidad histórica de la tenencia, que en-

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incorpora el territorio como un derecho colectivo, y lo amplía a otros recursos relacionados: tierras, mares, costas, mares y otros recursos⁷⁵.

La Constitución de 2008 diferencia entre las tierras ancestrales y el territorio sin definirlos. Junto a esto reconoce la especificidad de los estamentos sociales colectivos que son sujetos de derecho (comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades)⁷⁶.

Este marco de reconocimiento es bastante amplio, aunque no da la posibilidad de que sean ellos quienes determinen qué relación tienen o quieren tener con el territorio. Esta relación es mucho más compleja y no responde necesariamente a los estándares fijados.

4.1.2. Los supuestos de interrelación respecto del territorio

El territorio es importante para efectos de la jurisdicción indígena, pues fijaría en qué lugares puede ejercerse. Ponemos a consideración las siguientes características:

- (1) La justicia indígena no opera necesariamente sobre el espacio físico determinado, sino que puede ir más allá. Debe ser entendido por medio de estudios antropológicos para el caso concreto. Debe tenerse en cuenta, que esta territorialidad, al igual que la autoridad, se fija bajo las reglas de la comunidad y no, necesariamente, bajo los mandatos normativos estatales, como por ejemplo, lo dispuesto en la Ley de Comunas⁷⁷.
- (2) Hay que distinguir entre tierra, como espacio físico determinado, y territorio que incluye varios elementos adicionales como el ejercicio del poder y control de los recursos humanos y físicos⁷⁸. El territorio

tran en conflicto con los elementos del derecho tradicional respecto de la posesión y propiedad civil, a partir de una estrategia indirecta de interpretación comenzando por el artículo 29 del Pacto de San José, y los elementos de los peritajes antropológicos.

75 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *op. cit.*, Art. 25.

76 Constitución del Ecuador, 2008. Art. 57.5.

77 Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 181.

78 Cruz Rueda, Elisa, *op. cit.*, p. 45.

para los indígenas tiene, además, un componente espiritual y cosmogónico que le da una dimensión que no puede ser, necesariamente, materializada. Lo más parecido en el mundo occidental, sin entrar en análisis académicos adicionales, puede ser el concepto común de “comunidad” (comunidad de naciones, comunidad universitaria, comunidad virtual).

4.2. La jurisdicción

4.2.1. Marco de reconocimiento

Ni el Convenio 169 de la OIT ni la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* reconoce jurisdicción a los pueblos indígenas⁷⁹. Esto guarda relación, por supuesto, con la naturaleza abstracta y general que tienen los instrumentos internacionales, particularmente las declaraciones y tratados; pero, también, verifica la voluntad de la Comunidad Internacional de establecer un espacio de flexibilidad, que viabilice la adopción del mayor número de países de este instrumento, pero, también, para otorgar una margen de creatividad a los Estados para poder establecer las formas de compatibilización, participación y colaboración adecuados.

Así, la Constitución de 2008 reconoce dicha jurisdicción⁸⁰. No obstante, incorpora algunos elementos que la restringen en comparación con el reconocimiento otorgado por la Constitución de 1998⁸¹.

El primer elemento es que la jurisdicción se entiende aplicable únicamente “dentro de su ámbito territorial”. Más allá de las cuestiones semánticas, toca dilucidar si se refiere al concepto de territorio que ya tratamos líneas atrás, o al tradicional elemento territorial de la jurisdicción estatal. De ser éste el caso, se estaría añadiendo una limitación incompatible con la forma de realizar los sistemas de justicia indígena. La justicia indígena opera mediante lazos comunitarios y no necesariamente está vinculada a un espacio fí-

79 Yrigoyen Fajardo, Raquel, “Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”, en Yrigoyen, Raquel, *Pautas para el Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y su Coordinación con el Derecho Estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, p. 1.

80 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 171.

81 *Ibid.*, 1998, Art. 191.

sico o inmaterial respecto de la autoridad. Existen casos en los centros urbanos, lejos del lugar de origen de la comunidad, donde se han resuelto casos aplicando la justicia indígena. Es el caso particular del pueblo *q'uitu kara* en los sectores periféricos de la ciudad de Quito.

Luego, la justicia indígena no es un sistema homogéneo, tal como se lo reconoce constitucionalmente: la “jurisdicción indígena”. De hecho, la lógica de “jurisdicción” no necesariamente empata con las categorías similares dentro de los sistemas jurídicos y de justicia indígena.

El otro limitante que se mantiene de la Constitución de 1998 se refiere a que se permite la aplicación de normas y procedimientos propios “para la solución de sus conflictos internos”. Esta disposición puede tener un impacto negativo respecto de la aplicación de la justicia indígena referente a las personas no indígenas.

El Convenio 169 de la OIT limita la competencia material a los temas penales. Esto tiene razón de ser porque es lo penal lo que causa la mayor fricción entre la justicia indígena y la justicia oficial, y por el énfasis de los primeros antropólogos sobre el estudio de casos asimilables a los penales⁸².

La Constitución vigente no contiene ninguna limitación al respecto.

4.2.2. Los supuestos de interrelación para la jurisdicción

4.2.2.1. *Fuero indígena/mestizo*

- (1) El desconocimiento de los valores y el entendimiento de las decisiones de los sistemas de justicia indígena producen una falsa apariencia de contradicción con los derechos humanos⁸³. Es necesario entender por medio de peritajes antropológicos estas normas del derecho propio. Esto no quiere decir que no existan prácticas violatorias de los derechos humanos en el ejercicio de la jurisdicción indígena, tal como sucede en la jurisdicción ordinaria. La gente puede ser cosificada en una o en otra cultura. Esta-

82 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 8.

83 Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 183

blecer que la justicia indígena debe someterse a los derechos humanos, es ponerla en tela de duda y en subordinación a la cultura occidental.

Este discurso constitucional no ayuda a desmitificar el prejuicio sobre la justicia indígena, puesto que presupone que ésta tiene un potencial de violar los derechos humanos. Esto nos lleva a implementar una hermenéutica desde las diversidades. Boaventura de Sousa Santos propone lo que él llama la “interpretación diatópica”, que consiste en tratar de deconstruir los derechos sobre el entendido de presupuestos mínimos que son comunes a todas las culturas⁸⁴. Esto se funda sobre la perspectiva adoptada por Malinowski de considerar que toda cultura, por primitiva que parezca, tiene derecho y un sentido propio de la justicia:

La amenaza de coerción y el miedo al castigo no afectan al hombre medio, tanto salvaje como civilizado [...] Asimismo hay que tener presente que en cada cultura humana hay cierto número de leyes, prohibiciones y obligaciones que pesan mucho sobre cada ciudadano, exigen gran sacrificio personal y sólo son obedecidas por razones morales, sentimentales o prácticas, pero sin espontaneidad alguna⁸⁵.

- (2) Toda manifestación de justicia, estatal y no estatal, puede vulnerar los derechos. La denominada justicia por mano propia no es justicia indígena, sino una manifestación de violencia social por la ilegitimidad del sistema estatal de justicia por su incapacidad de resolver los conflictos individuales y sociales. Por otra parte, esta percepción esconde la crisis del positivismo jurídico que busca asimilarlo en sí mismo sin reconocerlo sino formalmente como un derecho meramente “consuetudinario”: en apariencia lo reconoce como diferente pero en el fondo lo obliga a ser igual que él⁸⁶.

84 Santos de Sousa, Boaventura, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, op. cit., p. 357.

85 Malinowski, Bronislaw, *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, p. 28.

86 Cruz Rueda, Elisa, op. cit., p. 37.

- (3) Los sistemas de justicia indígena no diferencian en razón de la materia; las formas de resolver son comunitarias pues participa toda la colectividad⁸⁷. Es erróneo pensar que la materia es sólo penal, puesto que la justicia indígena asume cuestiones diversas que no son de naturaleza sancionatoria, que tienen diversa gravedad y tratamiento “no sólo los que tienen que ver con el robo de gallinas o asuntos de menor cuantía”.
- (4) La competencia material no es determinada. Todos los problemas son resueltos, indistintamente de la materia, dentro de la comunidad⁸⁸.
- (5) La administración de justicia indígena no distingue instancias⁸⁹. Pero si es posible encontrar formas de revisión de lo decidido que no son formales, sino que buscan darle una salida práctica al problema o conflicto. Por ejemplo, un espacio importante es la familia, en la cual se arreglan muchos de los conflictos. El consejo es la resolución más común. Luego, tenemos el espacio propio de decisión que es la comunidad. Y, en algunas comunidades, se encuentran algunas figuras más formales, tales como los cabildos⁹⁰. En este punto, la justicia indígena y la justicia de paz comparten funciones de conciliación de manera parecida. Sin embargo, las formas simbólicas y los mecanismos son claramente diferentes: la jurisdicción en la justicia indígena es obligatoria y no sólo incumbe a las partes, sino a toda la comunidad⁹¹.
- (6) La justicia indígena no actúa de oficio ni en los casos más graves⁹².

4.2.2.2. *Fuero mestizolindígena*

- (1) La justicia penal estatal sólo debe actuar en casos realmente graves y a petición de parte. En todo caso, si la causa está siendo conocida

87 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 75.

88 Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 181.

89 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 77.

90 García Serrano, Fernando, *Formas Indígenas de Administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 2002, pp. 30-33.

91 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 45.

92 *Ibid.*, p. 78.

por las autoridades de la justicia indígena, la jueza o juez debe abstenerse de conocer. Queda a salvo, la acción de protección contra las decisiones de la justicia indígena que vulneren los derechos establecidos en la Constitución. Citamos un par de ejemplos: (i) En la Ley Indígena de Chile de 1993 se considera la aplicación de la justicia indígena como un eximente o atenuante⁹³. En todo caso, sólo se reconoce una modificación en las fuentes del derecho respecto de la costumbre, pero no se está construyendo un pluralismo jurídico; (2) En Argentina en el proyecto de Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén, se estableció que se somete a la justicia indígena si las partes están de acuerdo⁹⁴.

- (2) Los peritajes antropológicos⁹⁵ deben ser de doble vía para que ayuden a entender a ellos también la cultura mestiza.
- (3) Es indispensable establecer medidas alternativas a la pena, y garantizar un derecho penal mínimo, propio de un Estado garantista, de acuerdo con lo que determina el artículo 1 de la Constitución vigente. Existen un gran número de personas indígenas que se encuentran detenidas sin sentencia.
- (4) Un punto importante es la implementación de defensorías públicas con un perfil o conocimiento de derecho propio de los indígenas. Estas/os defensoras/es, preferentemente, deberán ser indígenas. Esto ayudará a superar, además, la común percepción de las comunidades indígenas, de que el abogado es una figura lejana de la realidad social, pues no logra entender sus requerimientos. Esto es una forma de violar el derecho de estas personas y colectivos al acceso a la justicia:

He visto cosas muy conmovedoras en relación a esto, entre los comisarios, tenientes políticos. Más aún en sectores rurales. El abogado es visto como un

93 Ley Indígena, No. 19.253, 1993.

94 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 44.

95 Cfr. Cécile Lachenal, “Las Pericias Antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la Justicia Plural. Reflexión a partir del caso de México”, en Rudolf Huber (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.

dios, solamente él tiene que saber. Hay una franca desventaja por el mismo hecho de ser indígena o campesino⁹⁶.

- (5) Se deben adoptar medidas positivas, que permitan la inclusión y reconocimiento del derecho propio en igualdad de condiciones que la justicia estatal⁹⁷. Es importante el reconocimiento del derecho propio de los pueblos y nacionalidades en la medida que, junto con el lenguaje, el derecho permite afirmar o reafirmar la identidad comunitaria. Además, condiciona las relaciones entre las comunidades y el Estado en una dinámica de mutua participación⁹⁸.
- (6) Hay que despenalizar y descriminalizar a la justicia indígena. Se debe limitar la intervención punitiva de la justicia estatal respecto de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuando un delito sea cometido con ocasión de una norma cultural o costumbre comunitaria. El Código Penal peruano (1991) es un referente al respecto⁹⁹.

4.3. La participación

4.3.1. Marco de reconocimiento

Si la normativa internacional no reconoce expresamente la jurisdicción indígena, tampoco lo hace respecto de sus competencias, si se toma en cuenta que éstas son manifestaciones derivadas de aquella. Y, por supuesto, las li-

96 Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (COANIE), Quito, 2002, p. 101. Cita del taller de opinión de Fernando Sarango.

97 Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego, "Introducción", en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p. 18. Estos autores afirman que en América Latina es posible aplicar medidas negativas y positivas. Las negativas que no aceptan el derecho propio de los pueblos, o que no lo niegan pero no aceptan sus efectos o manifestaciones; y, las positivas que no lo aceptan, pero no niegan sus efectos o manifestaciones, o simplemente lo reconocen y lo incorporan a la legislación nacional.

98 Stavenhagen, Rodolfo, "Derecho Consuetudinario en América Latina", *op. cit.*, p. 28.

99 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 2.

mitaciones a las que hicimos referencia respecto de la jurisdicción, también, afectan el espacio de actuación de la justicia indígena.

Sin embargo, lo que sí menciona la normativa internacional es la obligación de establecer procedimientos para solucionar los posibles conflictos del derecho propio con la normativa oficial¹⁰⁰.

4.3.2. Los supuestos de interrelación para la participación

El reto para establecer el espacio de interrelación respecto de la participación (las competencias) es encontrar, lo que en Derecho Internacional Privado se denomina norma conflictual, es decir, aquella que contenga un mecanismo para solucionar el conflicto de manera clara y operativa ante una colisión normativa o de sistemas de normas esencialmente distintos.

A continuación, exponemos dos modelos de interrelación de los mínimos comunes. El primero, que podemos denominar como doctrina del mínimo jurídico de acuerdo con el análisis y estructura propuesto por Julio César Trujillo en relación con los estándares construidos por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que puede fijar algunos de los principios para la interrelación de la justicia. Esto es lo que se conoce como líneas jurisprudenciales en la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia¹⁰¹.

Y el segundo que hace referencia a la interpretación intercultural de los derechos.

100 Organización Internacional para el Trabajo, OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, 7 junio 1989, Art. 8.2.

101 López, Diego, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial*, Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2001, pp. 39-41. Puede verse lo atinente al concepto de línea jurisprudencial, formas de reconocimiento e identificación, y efectos en esta misma obra (pp. 55-85). La Corte, a partir de la sentencia T-175 de 1997 establece lo que se conoce como líneas jurisprudenciales. En esta sentencia, la Corte analiza 253 decisiones anteriores sobre tratos discriminatorios en materia laboral, y selecciona la sentencia “controlante” (T-418 de 1996), la cual contenía a la mayor cantidad de casos análogos. Esto permitió desnudar la realidad de que de los casos analizados, 244 casos deben ser revocados porque violan esta sentencia “controlante”. Este mecanismo permite corregir la doctrina jurisprudencial.

4.3.2.1. Modelo del mínimo jurídico

Primera línea de jurisprudencia:

- (1) A mayor conservación de los usos y costumbres, mayor autonomía. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- (2) Las normas legales imperativas (de orden público) estatales u oficiales priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. Los usos y costumbres de la comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas¹⁰².

Segunda línea jurisprudencial:

- (1) Principio de maximización de la autonomía de la justicia indígena, que implica minimizar las restricciones y la intervención judicial para garantizar intereses de rango constitucional superior. Las restricciones serían el derecho a la vida y la integridad física¹⁰³. Se redujo las limitaciones de la justicia indígena (orden público y todos los derechos de manera general). Dos ejemplos de esto son: (i) la regulación realizada por la Corte del castigo corporal denominado “cepo”. Según la Corte, no es una forma de tortura, en cuanto no cause daños permanentes y su uso fuere por un lapso razonable¹⁰⁴; y, (ii) el fuate, al que se incorpora algunos elementos novedosos de tipo antropológico¹⁰⁵.

Tercera línea jurisprudencial (decisión del pleno de la Corte):

- (1) Mantiene de la primera línea el que la autonomía dependerá del nivel de no incorporación en la cultura nacional. Y de la segunda toma que los únicos límites son los derechos fundamentales en la medida que su incorporación haya sido baja¹⁰⁶. Citamos como ejemplo que puede servir como mecanismo de interrelación a partir de

102 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-254/1994.

103 *Ibid.*, sentencia T-349/1996.

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*, sentencia T-523/1997.

106 *Ibid.*, sentencia SU-510/1998.

esta autonomía el caso de Canadá (1992) en el cual funcionan los *sentencing circles* (“círculos de sentencia”) —la Ley Indígena data de 1876— que permite la participación informal de autoridades indígenas, generalmente los más ancianos, en un colectivo en un recinto de la comunidad, dirigido por la autoridad judicial, con el fin de encontrar un consenso respecto de delitos menores cometidos por personas indígenas. La decisión final corresponde a la autoridad judicial. Este mecanismo es más participativo, pero elimina la posibilidad de una práctica judicial autónoma de la comunidad¹⁰⁷.

4.3.2.2. Modelo de la interpretación intercultural de los derechos

- (1) La interpretación intercultural si busca ser la superación de la interpretación pluricultural, debe ser en doble vía. Por una parte, debe vincular a las juezas y jueces estatales a tomar, estratégicamente, elementos del derecho propio de los pueblos indígenas, para entender la aplicación del derecho estatal a los indígenas; y, por la otra, debe involucrar a las autoridades dentro de los sistemas de justicia indígena, a tomar, también, estándares del derecho estatal para procesar y mejorar su derecho propio desde sí mismos¹⁰⁸.
- (2) Es indispensable garantizar la interpretación intercultural de los derechos humanos, pero sin caer en el relativismo cultural. En el Código Orgánico de la Función Judicial se incluye una disposición donde se establecen un conjunto de principios que buscan establecer el espacio de la interculturalidad desde la jurisdicción estatal¹⁰⁹. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional extiende el puente de la interculturalidad más allá aún, y abre la posibilidad de interrelación. El problema es que sigue siendo el punto de partida la justicia estatal, la cual se sobrepone a los sistemas de justicia indígena. Es indispensable otorgar la posibilidad de que sean las autoridades de justicia indígena las que promuevan la reparación de las violaciones de derechos humanos por sí mismos.

107 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 47.

108 Walsh, Catherine, *op. cit.*, p. 32.

109 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 344.

Y sólo si no se soluciona el conflicto, intervendría la Corte de manera subsidiaria. La norma no excluye esta posibilidad. Queda en el aire la pregunta: ¿debería, también, tener competencia la autoridad indígena de conocer las violaciones de derechos humanos ocurridas en la justicia oficial y activar mecanismos de protección desde su derecho propio? Suena herético, pero si se quiere establecer una verdadera justicia intercultural, es una posibilidad real. Además, eso pudiera maximizar la defensa de derechos en beneficio del acceso a la justicia de la gente, y generar mayor responsabilidad del Estado en la defensa de los derechos.

4.4. La colaboración

4.4.1. Marco de reconocimiento

El Convenio 169 de la OIT establece que los Estados deberán establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos y nacionalidades, y de ser preciso, proporcionar los recursos necesarios para este fin. Esto obliga a los Estados a adoptar políticas que pongan en pie de igualdad a los sistemas de justicia indígena y estatal.

Generalmente, se ha pensado que si se dota de recursos a los sistemas de justicia indígena se está decretando su sentencia de muerte, puesto que ésta funciona a partir de la cotidianidad e informalidad. El peligro es que se inicie un proceso de asimilación más desde la cultura jurídica dominante. Nosotros pensamos el destino de los recursos bajo nuestros parámetros, es decir crear institucionalidad, burocracia y conseguir resultados que se puedan medir.

Pero, ¿por qué no podrían pensar las comunidades formas para fortalecer su derecho y sus sistemas de justicia a partir de sus propias características culturales? Por ejemplo, se va a necesitar recursos si se quiere dar la posibilidad a las comunidades de rescatar sus propias normas jurídicas —algunas comunidades han pensado seriamente en escribir sus normas—¹¹⁰, masificar

110 La Red de Defensores Indígenas Comunitarios está en un proceso en el que se está discutiendo en la necesidad de escribir su derecho. Esta red funciona con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer.

las prácticas de justicia y ponerse de acuerdo sobre la interrelación entre los diferentes sistemas de justicia indígena.

Existen peligros, pero vale repensar la posibilidad de que las formas de justicia indígena puedan tener apoyo estatal por medio de recursos, caso contrario podríamos estar propiciando una justicia de pobres para los pobres, de manera parecida como se ha dicho respecto de la justicia de paz:

La estrategia pareciera ser la de excluir los conflictos de los pobres del acceso a los jueces. Se crea entonces una justicia “administrativizada” de segunda para los pobres, mientras se reserva la justicia judicial a los estratos medios y altos de la población, con lo cual se viola el principio constitucional de acceso a las justicias, que es uno de los elementos medulares del Estado social de Derecho¹¹¹.

Por otro lado, en el ámbito de la colaboración está la garantía de las manifestaciones positivas de los sistemas de justicia indígena respecto de la justicia estatal. Así, se debe establecer mecanismos para que las decisiones de la justicia indígena tengan plena ejecución ante las autoridades nacionales.

4.4.2. Los supuestos de interrelación para la colaboración

Es indispensable que el Estado iguale, por medio de prestaciones concretas, la desigualdad estructural entre el sistema de justicia estatal y los sistemas de justicia indígena, como una oportunidad de garantizar el principio de igualdad material:

- (1) La investigación en lo indígena es exhaustiva de los hechos. Es directa y compleja¹¹².
- (2) Las decisiones de la justicia indígena tienen la misma validez y entidad que las decisiones estatales, pero la justicia indígena está en desventaja. Es necesario igualar las oportunidades de ambas formas de justicia. La fuerza pública debe prestar colaboración¹¹³. Si no

111 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García Villegas, Mauricio, “*Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*”, Internet, http://www.ce-jamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf, p. 26.

112 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 78.

113 *Ibid.*, p. 15.

ocurriera lo mismo que con la justicia de paz: se convertiría en una justicia de pobres, un problema de las personas excluidas.

- (3) Es necesario un sistema de información que ponga en conocimiento a las autoridades estatales de las decisiones indígenas; y a los indígenas de lo decidido en la justicia estatal¹¹⁴. Este sistema tiene que considerar las formas de transmisión de la información y el conocimiento, y consensuar con las comunidades los fines y utilidades de compartir esta información. Es indispensable, asegurar el uso y fines de la información, para que no se afecte el derecho a la intimidad. Un espacio para compartir información, práctica y aprendizaje, puede ser la Escuela Judicial, que deberá propiciar encuentros entre autoridades, estatales e indígenas, con el fin de establecer un diálogo intercultural entre los sistemas de justicia, como parte de su obligación de promocionar la justicia intercultural¹¹⁵.
- (4) El derecho propio de los pueblos y nacionalidades es, fundamentalmente, no escrito¹¹⁶, aunque existen comunidades que están adoptando algunas formas escritas y procedimientos parecidos a los estatales. Esto debe tenerse en cuenta para efecto de regular el cumplimiento de las resoluciones de la justicia indígena, y las formalidades para las personas indígenas cuando quieran activar los mecanismos ordinarios o de garantía jurisdiccional de la justicia estatal. No tiene sentido obligar a que las resoluciones y las peticiones se hagan por escrito. Se debe escuchar oralmente a las autoridades y a las personas interesadas. El Código Orgánico de la Función Judicial determina que para la declinación de la competencia, la autoridad deberá demostrar que está en conocimiento del caso bajo juramento. La jueza o el juez deberá explicar las consecuencias de dicho juramento¹¹⁷. Si es necesario, se permitirá la participación de peritos antropólogos y traductores. Para el caso de la autoridad, el Código Orgánico de la Función Judicial dispuso que

114 *Ídem*.

115 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 346.

116 Cfr., García, Fernando, *Formas Indígenas de Administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, op. cit., 2002.

117 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 345.

la autoridad indígena sea escuchada por la autoridad estatal y, en consecuencia, se inhiba de conocer en aplicación del principio *non bis in idem*.

- (5) El sentido de la colaboración en lo indígena, sin embargo, como obligación es una actitud espontánea y no planificada. Es vivencial y no requiere un juicio de valor sobre lo correcto o incorrecto, sino que es útil en las prácticas habituales¹¹⁸.

V. Conclusiones

Tres caminos debemos recorrer propositivamente, retomando el epígrafe de García Canclini a partir de la lucha de los pueblos y nacionalidades indígenas en Latinoamérica: la descolonización, la interrelación y la igualdad formal y real. Esto tiene significados viables desde la implementación de la justicia intercultural: el camino de la justicia poscolonial, el camino de la justicia intercultural, y el camino de la justicia emancipadora.

5.1. El camino de la justicia poscolonial

Manifiesta Bartolomé Clavero que “la negación de un derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador”¹¹⁹. El espacio colonial crece y el vacío constitucional se mantiene para el reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. El constitucionalismo, no obstante, puede ser una forma de emancipar y de superar las estructuras coloniales que aún perviven en nuestras instituciones, e incluso en las propuestas de los movimientos sociales indígenas.

La administración de justicia estatal ha sido monopolio del Estado liberal, mientras que los sistemas de justicia indígena han sido penalizados por

118 Sánchez Botero, Esther, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares”, *op. cit.*, p. 143.

119 Clavero, Bartolomé, “Espacio Colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas”, Internet, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/6/est/est5.pdf>, p. 12.

su solo funcionamiento natural. La realización de una justicia intercultural puede ayudar a superar la sociedad postcolonial¹²⁰.

En este punto, debemos fortalecer y hacer permanente la voluntad política y el compromiso por el cambio y la transformación social, y llevar a la interculturalidad y la justicia intercultural más allá de la simple positivización jurídica, pues “sus raíces y significados no se encuentran en la descripción, sino en las luchas contra la colonialidad pasada y presente, y la violencia simbólica, cultural y estructural”¹²¹.

En ese contexto, un factor importante en este proceso puede ser el constitucionalismo, especialmente, aquella corriente que se puede denominar *neoconstitucionalismo*¹²². Debemos superar la desconfianza natural sobre derecho, tradicionalmente considerado como un instrumento para restringir los niveles de autonomía de los modos de vida de los pueblos indígenas, y utilizarlo estratégicamente para emancipar.

La oportunidad actual, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras latitudes y épocas, es que parece ser que el derecho y con él el constitucionalismo tiende a la superación del escenario post-colonial. El derecho que queremos superar el hecho a la medida de los precursores de la independencia, que no fueron precisamente los miembros originarios de la América india, sino los descendientes de los conquistadores¹²³.

120 Llasag Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 324.

121 Walsh, Catherine, *op. cit.*, p. 24.

122 Cfr., Carbonell, Miguel, *El neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), México, 2008. Este texto se basó en una obra de este autor que se denomina: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-12. Carbonell realizó una conferencia en Quito que se basó en el documento citado: “El neoconstitucionalismo en América Latina”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 26 agosto 2008. Destacó que el neoconstitucionalismo es una teoría en construcción, pero que sin embargo tiene en la Región rasgos que permiten identificarla: a) constituciones con contenidos materiales y no sólo formales; b) mecanismos de control de la constitucionalidad y de justicia constitucional con amplias facultades que implican una nueva práctica judicial; c) jurisprudencia creativa que fijan estándares de cumplimiento de derechos; y, d) desarrollos teóricos que incorporan una visión más flexible del derecho en relación con la sociedad.

123 Bonilla, Marcelo, *op. cit.*, p. 66.

5.2. El camino de la justicia intercultural

La justicia intercultural es parte de un proyecto político de emancipación que busca transformar las estructuras sociopolíticas que impiden el buen vivir y el bienestar general¹²⁴, con el fin de ampliar al máximo el acceso de los pueblos y nacionalidades indígenas a sus propios sistemas y al sistema estatal para la resolución de sus conflictos, dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia¹²⁵.

En consecuencia, los caminos de la interrelación de los sistemas de derecho y justicia se ubican más allá de la retórica constitucional que transversaliza el principio de interculturalidad¹²⁶ y la necesidad de la convivencia cotidiana de las culturas diversas del país.

No obstante, la interculturalidad se presenta aún como un discurso constitucional descriptivo y formal, que incluso puede ser entendido de diversas formas. Incluso, hay quienes perciben la intrarrelación cultural como un espacio intracultural sin relación con el sistema estatal¹²⁷.

Entendemos la interculturalidad más allá de lo descriptivo, como una propuesta política, social y jurídica, que busca la construcción de una nueva sociedad sobre la base del diálogo intercultural.

Si no se supera la simple descripción, lo que estaremos haciendo es sustituir la tradicional política cultural de asimilación e integración, por la de la adición. Es decir, aumentamos un sinnúmero de derechos que no tras-

124 Stavenhagen, Rodolfo, "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006, p. 16, párr. 52. El porcentaje de población indígena que tiene acceso al agua corriente, facilidades sanitarias con conexión a alcantarillado, es tres veces menor que la población mestiza. El 23% tiene una alimentación insuficiente, el 36% tiene dificultades para cubrir los gastos de alimentación. La mortalidad infantil es del 51% (el promedio nacional es 35%), y la desnutrición crónica (46,7%) es más del doble que la de los niños mestizos (21,2%).

125 Cfr., Ávila Linzán, Luis Fernando, "El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas", *op. cit.*

126 Constitución del Ecuador, 2008, artículos 1, 2, 16.1, 27, 28, 32, 56.14, 83.10, 95, 156, 217, 249, 257, 275, 340, 343, 347.9, 358, 375.3, 378, 416.10, 423.4.

127 Andrade Ubidia, Santiago, "Observaciones al Anteproyecto de Justicia Indígena", en Salgado, Judith (comp.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, Quito, p. 138.

ciende su valor simbólico, y no logra solucionar lo que está detrás de la exclusión de las culturas dominadas: las asimetrías sociales y la desigualdad social.

La justicia intercultural es, además, un lugar donde se va a cuestionar la tradicional visión universalista de los derechos humanos, y adoptar una visión de relativismo cultural moderada, que admita varias fuentes para la legitimidad de los valores que están detrás del estatuto de derechos¹²⁸. Ante esto, debemos adoptar una posición crítica, despojándonos de prejuicios y posiciones esencialistas o románticas, para encontrar consensos desde la visión del otro.

Frente a esto, un obstáculo invisible puede ser la cultura dominante para la implementación de la justicia intercultural. Se han presentado casos de persecución de juezas y jueces que han fallado abiertamente para dar autonomía a la justicia indígena, así como a las mismas autoridades estatales¹²⁹.

Carlos Poveda cita un oficio vergonzoso que dirigió el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi al presidente de la Corte Suprema de Justicia, Armando Bermeo (oficio 293-Mp-2002: 31-oct-2002), con relación al caso “*La Cocha*”, en el cual Carlos fungía como Juez Segundo de lo Penal de Latacunga. Reproducimos un fragmento de esa cita:

El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos (...) Más aquí en la Función Judicial están apareciendo fementidos innovadores pseudomodernistas (...) no es conveniente ni tiene fundamento que la mayoría de ciudadanos se deba someter a dichas reglas culturales o consuetudinarias, ajenas a su propia tradición...¹³⁰

5.3. El camino de la justicia emancipadora

Esta realidad de la justicia intercultural nos compromete en su implementación, teniendo en mente, además, que militamos en la lucha sin cuartel por

128 Trujillo, Julio César y otros, *op. cit.*, p. 36.

129 García, Fernando, *op. cit.*, p. 50.

130 Poveda, Carlos, *op. cit.*, p. 180. El autor fue el juez penal segundo de Cotopaxi que falló sobre el controvertido caso “*La Cocha*”.

la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas¹³¹, con el fin de construir una nueva sociedad sobre valores compartidos.

En consecuencia, no debemos descuidar el aspecto ideológico en el que poco se ha trabajado al impulsar las reformas jurídicas en nuestro país. De nada servirá tener gente nueva con las ideas del pasado que se quiere superar perviviendo en sus cabezas.

Debemos, por tanto, poner un especial énfasis en la capacitación de los operadores de justicia y de los abogados en las facultades de derecho sobre temas de derecho indígena y mejorar las políticas para la participación de las personas indígenas en el proceso judicial estatal¹³². Se hace urgente dar forma al proyecto de la universidad plurinacional¹³³, y en este contexto es impostergable la formación de la Escuela Judicial y la incorporación de perfiles sobre los peritajes antropológicos en sus programaciones¹³⁴.

Finalmente, al inicio de este trabajo, establecimos que los sistemas de justicia indígena se manifiestan, al menos en dos niveles, el de relación con la justicia estatal, y el que ocurre entre ellos.

Sin embargo existe, dentro del nivel máximo de autonomía de estos sistemas, un nivel hacia adentro que es una tarea pendiente de los pueblos y nacionalidades, que va en dos vías: a) rescatar o revalorizar sus propias prácticas de justicia y normas del derecho propio; y, b) reflexionar sobre si estas prácticas tienen un valor importante para los pueblos y nacionalidades, con el fin de mejorarlas¹³⁵.

131 Bonilla, Marcelo, *op. cit.*, p. 55.

132 Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), *op. cit.*, p. 51.

133 Existe la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (Amawtay Wasy: “Casa de la Sabiduría –UIAW–), que se ideó durante la década de los noventa, culminando la primera fase en la creación de la Universidad mediante Ley 2004 – 40 (RO 393: 5-ago-2004). Esta institución recibe el apoyo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), y del Instituto Científico de Culturas Indígenas (ICCI) “Amawta Runakunapak Yachay” –ARY–. Este centro de estudios es particular y no cuenta con fondos estatales. En la actualidad, el rector es Luis Sarango.

134 Vintimilla, Jaime, *Reforma Judicial y Derecho Indígena Ecuatoriano*, Internet, http://cides.org.ec/cides/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1&Itemid=80, p. 4.

135 Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), 2002, p. 103. Cita de intervención en el Taller de Rodrigo de la Cruz.

En esto, puede ayudar profundamente si se logra que el espacio de la interculturalidad, e incluso aquellos del control compartido como el caso de la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, permiten que sean las propias autoridades de la justicia indígena las que, luego de un proceso interno, mejoren sus estándares de derecho desde sus propias construcciones epistemológicas y sentido propio de la vida.

Por último, apostamos porque la justicia cultural no sea sólo un espacio de encuentro, sino la construcción de una nueva justicia, fundada sobre valores consensuados mediante el diálogo intercultural, como reflejo de una sociedad profundamente democrática y democratizadora.

VI. Bibliografía

- Abramovich, Víctor, *El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2007.
- Andrade, Pablo, “Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998”, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, Quito, 2004
- Andrade Ubidia, Santiago, “Observaciones al Anteproyecto de Justicia Indígena”, en Judith Salgado (comp.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- , “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

- , “Legitimidad social e independencia judicial interna”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- Bonilla, Marcelo, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Carbonell, Miguel, *El neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), México, 2008.
- Carlsen, Laura, *Autonomía indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición*, Revista Chiapas, México, internet, <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota26.htm>
- Chávez, Gina, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!” en *Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Clavero, Bartolomé, *Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas*, Internet, www.juridicas.unam.mx
- Correa Sutil, Jorge, “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?” en Méndez, Juan, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Dandler, Jorge, “Pueblos Indígenas e Imperio de la Ley en América Latina: ¿tienen una oportunidad?” en Juan Méndez y otros, *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Espinoza, Roque, “Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena”, en Salgado, Judith (ed.), *Justicia Indígena. Apuntes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
- Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ediciones Abya Yala, Quito, 1998.

- García Canclini, Néstor, *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- García, Fernando, *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, Flacso Sede Ecuador, Quito, 2007.
- García Serrano, Fernando, “Jurisdicción Indígena. Del monismo jurídico a la interlegalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzán, Luis Fernando (eds.), *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- , *Formas Indígenas de Administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, 2002.
- Granizo, Asdrúbal, “Derecho de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica. Ponencias”, Torres Galarza, Ramón (comp.), *Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado*, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (COANIE), Quito, 2002.
- Iturralde, Diego, “Entre la Ley y la Costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Giraud, Laura (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Lachenal, Cécile, “Las Pericias Antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la Justicia Plural. Reflexión a partir del caso de México”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Llasag Fernández, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad”, en Andrade Ubidia, Santiago y otros (eds.), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
- , “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

- López, Diego, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial*, Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2001.
- Malinowski, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- Montaña, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ávila Santamaría, Ramiro y otros (eds.), *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Tomo II, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Pacari, Nina, “Pluralidad Jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida”, en Judith Salgado, (ed.), *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
- Poveda, Carlos, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro* No.8, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2007.
- Regalado, José, “Criterios para un Modelo de Regulación Plural en el Perú”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Sánchez, Esther, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, Bogotá, 2006.
- Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- , “Principios Básicos y Formas de Funcionamiento de la Justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares”, en Huber, Rudolf (coord.), *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- Santos de Sousa, Boaventura, *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001.
- , “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), *El Ca-*

- leidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.
- , “Los Paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Panamericana Formas, 1ra. reimpresión, Bogotá, 2004.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario en América Latina”, en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- , “Los Derechos Culturales y los Derechos Colectivos en Tiempos de Globalización”, en Van Beuren, Ingrid y Soto Badillo, Óscar, *Derechos Humanos y Globalización Alternativa: una perspectiva iberoamericana*, Universidad Iberoamericana Puebla, México, 2004.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador, 2006.
- Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego, “Introducción”, en Stavenhagen Rodolfo e Iturralde Diego (comps.), *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.