

---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

---

# La transformación de la Justicia

*Editores:* Santiago Andrade Ubidia y  
Luis Fernando Ávila Linzán

*Prólogo:* José Vicente Troya Jaramillo

Vanesa Aguirre Guzmán  
Juan Carlos Andrade Dávila  
Santiago Andrade Ubidia  
Luis Fernando Ávila Linzán  
Ramiro Ávila Santamaría  
Alberto Binder  
Elizabeth García Alarcón  
Fernando García  
Francisco Iturralde  
Juan Pablo Morales Viteri  
Jorge Vicente Paladines  
Luis Pásara  
Ernesto Pazmiño Granizo  
Wendy Reyes Chiriboga  
Eugenio Raúl Zaffaroni

---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

---

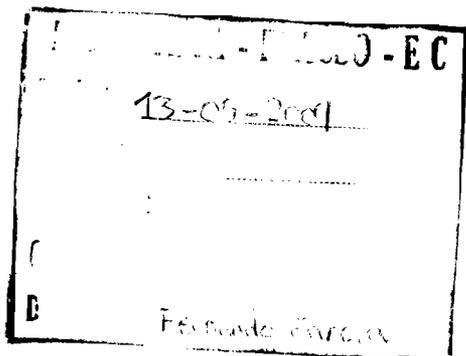
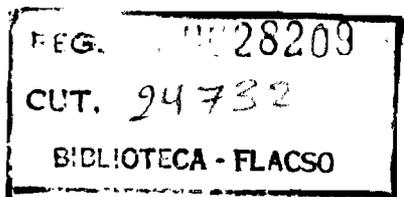
NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

# La transformación de la Justicia

Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán  
*Editores*



347  
T687 ±



Néstor Arbo 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: 2469914  
[www.minjustica-ddhh.gov.ec](http://www.minjustica-ddhh.gov.ec)

Equipo de Apoyo  
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
Subsecretaría de Desarrollo Normativo  
Luis Fernando Ávila Linzán  
Ramiro Ávila Santamaría  
Carolina Villagómez

ISBN: 978-9978-92-701-4  
Derecho de autor: 030718  
Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, *Editores*  
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008  
1ra. edición: abril de 2009

# Contenido

## Presentación

*Néstor Arbito Chica*, Ministro de Justicia y Derechos Humanos

## Prólogo

*José Vicente Troya Jaramillo*, Presidente de la Corte Nacional de Justicia

## Introducción

### I. Palabras iniciales

*Santiago Andrade Ubidia*

### II. La transformación de la Justicia

*Luis Fernando Ávila Linzán*

## 1. Principios y fundamentos

Reforma judicial y administración de justicia  
en el Ecuador de 2008.....3

*Santiago Andrade Ubidia*

Legitimidad social e independencia judicial interna .....45

*Luis Fernando Ávila Linzán*

Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina ..... 85

*Luis Pásara*

Dimensión política de un Poder Judicial democrático .....109

*Eugenio Raúl Zaffaroni*

## 2. Las carreras judiciales

Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo  
de gestión de los recursos humanos del sector justicia ..... 155

*Vanessa Aguirre Guzmán*

La fragmentación de la profesión judicial  
y la uniformidad de la carrera judicial..... 185

*Alberto Binder*

Prácticas judiciales, garantía de derechos y carrera judicial.....	221
<i>Elizabeth García Alarcón</i>	
<b>3. Órganos administrativos</b>	
Sector justicia y gobierno judicial .....	253
<i>Francisco Iturralde Albán</i>	
<b>4. Órganos autónomos</b>	
¿Fiscal General o General Fiscal? .....	269
<i>Jorge Vicente Paladines</i>	
Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador .....	305
<i>Ernesto Pazmiño Granizo</i>	
<b>5. Abogados y universidades</b>	
Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial .....	377
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
¿Asistencia jurídica transformadora o consultorio jurídico para pobres? .....	415
<i>Juan Pablo Morales Viteri</i>	
La función social en el ejercicio del Derecho .....	441
<i>Wendy Reyes Chiriboga</i>	
<b>6. Otros sistemas de justicia</b>	
Justicia de paz.....	471
<i>Juan Carlos Andrade</i>	
La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad .....	479
<i>Fernando García</i>	

Otros  
sistemas de justicia

---

# La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad

Fernando García Serrano

---

## Sumario:

I. Introducción. II. La noción antropológica de interculturalidad. III. La interculturalidad en la Constitución de 2008. IV. La interculturalidad en el Código Orgánico de la Función Judicial. 4.1. Aspectos generales. 4.2. Relaciones de la justicia indígena con la justicia ordinaria. V. Retos.

---

## I. Introducción

El presente ensayo intenta analizar la relación entre dos temas que el Código Orgánico de la Función Judicial plantea en su Título VIII, la existente entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Para lo cual se propone revisar la noción antropológica de interculturalidad a manera de contextualización. Luego hará referencia a la manera como la interculturalidad es adoptada como un carácter más del Estado ecuatoriano y sus consecuencias en el resto del texto constitucional. A continuación se analizará la definición que hace el Código Orgánico de la Función Judicial de la interculturalidad como uno de sus principios rectores y las consecuencias en su relación con la justicia indígena. Finalmente se delinearán algunos retos que la relación entre justicias plantea al conjunto del orden jurídico del país.

## II. La noción antropológica de interculturalidad

La discusión respecto a la interculturalidad se ha planteado desde el debate que se ha dado al interior de la Antropología. En ese sentido el marco general en América Latina ha estado alrededor de dos ejes: la multiculturalidad/pluriculturalidad y las políticas de diversidad cultural adoptadas por los Estados para dar respuesta a estas demandas.

El desempeño de los gobiernos latinoamericanos es desigual, se puede decir que tienen una mejor actuación en los aspectos institucionales y electorales de la democracia política (gobernanza) y una peor actuación en el cumplimiento de los derechos civiles, minoritarios y sociales (governabilidad).

En las dos últimas décadas los gobiernos latinoamericanos han enfrentado reclamos de grupos sociales diversos, que han puesto énfasis en reivindicaciones de derechos territoriales, políticos y ciudadanos apelando a sus características étnicas. En lo general, dichos Estados no han podido atender las causas profundas que alientan las demandas y los discursos de lo pluri-multi cultural.

La falta de oficio de los gobiernos para enfrentar dicha problemática ha conducido a la radicalización del conflicto y a la frustración ciudadana, ante la carencia de alternativas a sus demandas. Los casos de Nicaragua en la década de los setenta y de Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia y México en los años noventa lo ilustran. Esta problemática tiene varias fuentes de tensión. En primer lugar la carencia de acuerdos básicos entre las élites dirigentes de los Estados nacionales, que les ha impedido articular respuestas adecuadas a los reclamos de la diversidad en sus países. El viejo pensamiento liberal homogeneizador continúa sosteniendo el modelo de Estado-nación de esas élites, de lo que resulta que políticas integracionistas continúen alimentando el menú de las políticas públicas, sin advertir la no compatibilidad de los conceptos liberales de igualdad de los individuos con el respeto a la diferencia cultural de los grupos existentes.

El contexto neoliberal ha contribuido a complejizar esta situación. La implementación de políticas neoliberales en varios Estados de América Latina en estas dos últimas décadas, ha implicado no solamente la reformulación de políticas económicas y sociales sino también la redefinición de la relación entre los Estados y sus poblaciones. Es en este contexto que deben

entenderse tanto el florecimiento de las demandas étnicas, como las reformas constitucionales orientadas hacia el reconocimiento de la diversidad cultural, realizadas, con alcances diversos, en la mayoría de los países de América Latina. Es notable que, a pesar de las reformas constitucionales que presuntamente buscan dar respuestas a estos reclamos, la desigualdad y la injusticia social no ha desaparecido y las demandas de los grupos marginados, sobre todo los indígenas y afro descendientes, no han disminuido. Esto nos llama a analizar críticamente las políticas pluri-multiculturales y su relación con las formas de gobernar en los Estado neoliberales.

En algunos países, como ha señalado Hale para Guatemala, estas reformas constitucionales han sido acompañadas de una “ola de reformas precautelares y preventivas, de acciones realizadas para ceder terreno de modo cuidadoso y resguardarse más efectivamente frente a las demandas de más largo alcance” (2000). A Hale, le preocupa cómo las reformas y políticas del “multiculturalismo neoliberal” que empujan instituciones internacionales neoliberales como el Fondo Monetario Internacional están configurando (y así limitando) el terreno en que los debates futuros se llevarán a cabo en Guatemala. En relación con Bolivia, Postero (2002) ha demostrado cómo las nuevas políticas neoliberales y reformas constitucionales, mientras abrieron nuevos espacios políticos para participación de grupos indígenas, no significaron poder político en términos concretos para ellos sino que sirvieron más bien para reforzar estrategias y lógicas neoliberales. Su estudio de caso sugiere que programas de ciudadanía pueden conducir a una participación basada en un tipo de comportamiento racional, en el que los gobernados sean “responsables de sí mismos” bajo una lógica de la “privatización” del trabajo de gobernar. Esta lógica es, incluso, impulsada por las organizaciones no-gubernamentales que promueven la “ciudadanía étnica.” Hale y Postero coinciden en poner el acento en los efectos (no necesariamente evidentes a primera vista) que tienen, o pueden tener, las políticas multiculturales.

Autores como Hale (2002) para Guatemala y de la Peña (1999), Díaz Polanco y Sánchez (2002) para México, así como Burguete, Leyva y Speed (2008) para México, Guatemala, Nicaragua, Ecuador, Bolivia y Chile que destacan la necesidad de reflexionar el tema del multiculturalismo desde nuestras propias realidades ya que la condición de la diversidad tiene fun-

damentos particulares. En efecto, en Ecuador y en América Latina no estamos solamente frente a fenómenos de migración de población con diferencias culturales, el reclamo de multi/pluriculturalidad no se agota en el reconocimiento de los derechos culturales (por ejemplo lingüísticos) sino que comprende a personas y colectivos que afirman pertenecer a pueblos originarios, que a sí mismos se reclaman diferentes y anteriores a la existencia de los Estados nacionales que los contienen. Regularmente se trata de personas y colectivos que viven en condiciones de pobreza y desigualdad social, excluidos de los beneficios sociales, de la participación y representación política, del acceso a la justicia, entre otros. Omisiones que los colocan de entrada en una situación de carencia de ejercicio de sus derechos ciudadanos básicos y nos obligan a repensar la multiculturalidad y las políticas de reconocimiento más allá de lo cultural, lo moral y lo ético para ubicarnos en el campo de las relaciones de poder, de la redistribución del ingreso y del alivio a la pobreza (Gledhill 1997). Estas características colocan los debates teóricos de lo pluri/multiculturalidad sobre otra base y en otra dimensión.

En la actualidad existen Estados, como México, Guatemala y Chile que, a pesar de la imperativa neoliberal de reconocer la diversidad de sus poblaciones, no han tenido suficiente voluntad política para modificarse a sí mismos. En algunos casos, la organización política en sus distintos niveles de gobierno ha impedido incluso el acomodo y arreglo político que dé cabida a la diversidad cultural y que despliegue instituciones que la fortalezcan. Tales omisiones no son el producto de la falta de imaginación o de propuestas sino producto de inercias institucionales. Regularmente, en donde estos problemas se presentan, los actores suelen acompañar sus reclamos con propuestas de políticas y acciones concretas; por ello, es frecuente que existan acuerdos y compromisos entre los Estados y los actores indígenas, en los que se pactan medidas para la distensión y el reconocimiento moral y ético de los reclamos. Como bien dice Taylor (1994) esto supone arreglos legislativos que por lo general conducen a reformas que modifican los arreglos normativos de los Estados. Desafortunadamente en muchos casos, los acuerdos, además de que son de alcance limitado, no se cumplen a cabalidad o se desvirtúan en la interpretación de lo pactado. El devenir de los acuerdos de paz en Guatemala en la década de los ochenta y de Chiapas, en los noventa, y los conflictos por la tierra entre los Mapuche en Chile, sirven como ejemplo.

La carencia de diálogos constructivos entre las partes (orientadas hacia la traducción de los derechos individuales y colectivos en políticas concretas y efectivas) constituye uno de los retos más importantes y actuales de los Estados y sociedades de América Latina. La falta de respuestas desde el Estado y también desde otros sectores de la sociedad nacional, han conducido a que diversas organizaciones y grupos rompan vínculos sociales y políticos y construyan sus proyectos autonómicos al interior de los estados nacionales. Por otro lado, la radicalización de algunas propuestas indígenas ha fomentado estrategias políticas con sesgos esencialistas y de intolerancia, que no han ayudado a construir diálogos interculturales sino por el contrario, han favorecido la profundización de las vías monoculturales.

En contextos de carencia de diálogos y de credibilidad en las instituciones, los ciudadanos comunes, siempre vulnerables ante la manipulación de los medios, muestran temores ante los desafíos que significa el reconocimiento de la multi-pluriculturalidad. Y esto se vive de manera más sensible en los lugares en donde la convivencia de la diversidad étnica y racial es un fenómeno nuevo que irrumpe como consecuencia de la migración de indígenas rurales a las ciudades con espacios inter étnicos, como son los casos de las ciudades de México, Guatemala, Santiago, Quito, Lima y La Paz, entre otros.

Cuando la diversidad produce tensiones polarizadas en la convivencia cotidiana, los gobiernos locales parecen tener menos herramientas jurídicas y administrativas para implementar políticas multi/pluriculturales efectivas. No obstante, también es posible que estos espacios puedan ser el escenario de la creatividad social, de la puesta en práctica de iniciativas que podrían dar pistas para la elaboración de nuevas propuestas que abonen hacia la sana convivencia más allá de las diferencias étnicas, raciales, políticas y religiosas. Por ejemplo las diferentes experiencias autonomistas en proceso de formación en América Latina lo demuestran, el reclamo de origen de los municipios autónomos zapatistas, el movimiento panmayista en Guatemala, la autonomía de la costa atlántica en Nicaragua, la vieja experiencia del pueblo Kuna en Panamá, las comarcas negras de la costa del Pacífico de Colombia y Ecuador, las autonomías indígenas en Ecuador y Bolivia, reflejan la incapacidad de las instituciones de los gobiernos estatales y federales de ofrecer respuestas satisfactorias a las demandas culturales, sociales, y políticas, y la

capacidad innovadora de algunos sectores de la sociedad civil para buscar nuevas formas de gobernar o gobernarse.

Cómo gobernar la diversidad, es un tema de una extraordinaria importancia para el mundo contemporáneo y no sólo latinoamericano. Sin lugar a dudas, las respuestas que los Estados ofrezcan a este desafío están relacionadas con la manera en cómo las elites dirigentes conciben la identidad de la comunidad política. Francisco Colom (2001:7) ha identificado tres respuestas, que cada una de ellas corresponde a un modelo político para enfrentar el multi/pluriculturalismo; estos modelos los resume en la siguiente metáfora: el espejo, el mosaico y el crisol. El primero refiere a la imagen anhelada por las sociedades culturalmente ensimismadas, que pugnan por la homogeneidad de los ciudadanos. Aunque el autor no refiere sus estudios de caso a la realidad latinoamericana, consideremos que este modelo corresponde a la idea de comunidad política que en lo general alimentan los Estados de América Latina post independencia. El segundo modelo, para la gestión de la pluralidad cultural en el Estado moderno, que Colom identifica, es la del mosaico, que es una forma que combina integración y diferencia, en donde la diferencia persiste, y se mantiene de manera negociada, sobre la base de acuerdos que no omiten aspectos de integración. Puede afirmarse que en lo general ésta es la propuesta a la que le apuestan actualmente el mayor número de organizaciones y movimientos indígenas en América Latina. Y el tercer modelo, es el del crisol que refiere a la heterogeneidad sociocultural, en un proceso de construcción en una nueva identidad novedosa y acrisolada.

Desde esta perspectiva la interculturalidad implica no solamente la existencia de las diferencias culturales y una opción por el reconocimiento y la reparación (las denominadas acciones afirmativas) sino sobre todo un cambio en las relaciones de poder. Concretamente, según Santos (2005), se trata de cambiar todas aquellas situaciones que generan tanto la desigualdad como la exclusión. No se trata solamente de cómo alcanzar la equidad económica sino de cómo aprender a vivir con la diferencia afirmando las diversas identidades.

En otras palabras, la interculturalidad construye relaciones entre culturas, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder que han naturalizado la desigualdad (económica y política) y la exclusión (étnica cultural).

## II. La interculturalidad en la Constitución de 2008

La nueva Constitución hace un avance muy grande tanto con relación a los derechos indígenas y afroecuatorianos, como en torno a la interculturalidad, tema que tiene por lo menos 16 referencias dentro de la nueva carta política.

No obstante, la cuestión crítica no es sólo la inclusión —de nuevas referencias a la interculturalidad y de nuevos derechos indígenas y afro— sino la perspectiva y conceptualización que orienta esta inclusión. Es decir, ¿con qué perspectiva leer y asumir la nueva Constitución?

Una perspectiva se encuentra enraizada en la tendencia en boga desde los 90s, a la que podemos denominar “constitucionalismo multicultural” o “multiculturalismo constitucionalista”. Desde esta perspectiva se piensa los derechos indígenas y afro como “derechos étnicos”, “derechos especiales” y/o “derechos de inclusión”. Así y desde esta perspectiva podemos comparar la presente propuesta con la Constitución de 1998, anotando varios avances, incluyendo por ejemplo:

- a) La ampliación de los derechos colectivos (artículo 57) de 15 a 22 derechos, incorporando elementos del derecho internacional.
- b) El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado (artículo 1) y el carácter ancestral de los pueblos y el territorio (artículo 4).
- c) El reconocimiento y la inclusión de justicia indígena y la jurisdicción indígena (artículo 171).

El problema es que esta perspectiva pone su enfoque en los derechos “especiales”, de lo ganado para los pueblos indígenas (y en menos medida para los pueblos afroecuatorianos). Su óptica se funda en lo que hace o lo que ha hecho el Estado para estos pueblos, no lo que ha hecho o lo que hacen estos pueblos para la labor de repensar y refundar el Estado. Es una perspectiva “multiculturalista” en el sentido de que añade o suma más derechos a la estructura y lógica establecidas, sin necesariamente poner en cuestión esta estructura o intervenir en ella. ¿Cuál sería la perspectiva diferente que —más que la inclusión en sí— se preocupa por la interculturali-

zación y la transformación estructural del Estado para todos? La otra perspectiva se basa en el interculturalizar. Es decir, se interesa por la manera que las demandas, los derechos y las propuestas indígenas y afrodescendientes dan fundamentos para repensar, reconceptualizar y refundar el Estado y la sociedad para el conjunto de los ecuatorianos y ecuatorianas, dando la vuelta a la estructuración social-colonial vigente, es decir, la estructuración y estructura que han sido construidas a partir de la uni nacionalidad y la visión, interés y posición blanco-mestiza.

A partir de esta perspectiva la pregunta no sería en torno a la inclusión sino con relación a qué hace la nueva Constitución para interculturalizar, para alentar un cambio de lógicas, racionalidades y visión de sociedad. Tal perspectiva no implica descartar la importancia de derechos indígenas o afroecuatorianos sino aceptar que la inclusión de estos derechos hace poco para adelantar la refundación del Estado y su radical transformación. Para la mayoría de los ecuatorianos, el simple reconocimiento de la diferencia indígena y afro y la incorporación de algunos derechos especiales dentro de la Carta Política no es tema de mayor debate o preocupación. El conflicto más bien está centrado en la propuesta y acción de la interculturalidad, la que requiere un cambio por parte de los blanco-mestizos.

Veamos brevemente este asunto del “interculturalizar” con relación a cuatro ejemplos concretos aprobados en la Constitución vigente: 1) conocimiento y ciencia, 2) los derechos de la naturaleza, 3) el sistema jurídico, y 4) el *sumak kawsay* o buen vivir.

1. La nueva propuesta hace un cambio de lógica importante en reconocer que el conocimiento no es singular (ver Artículo 57 de los derechos colectivos y artículos 385-388 dentro del Régimen de Buen Vivir). Al hablar de conocimientos científicos y tecnológicos y sus enlaces con conocimientos ancestrales, la propuesta constitucional pretende superar el monismo en la definición de “la ciencia” y, a la vez, construir las bases para un sistema educativo distinto –desde la escuela hasta la universidad– así desafiando y pluralizando la actual geopolítica dominante del conocimiento con sus orientaciones occidentales y euro céntricas. Los saberes ancestrales tienen el estatus de “conocimiento”, no sólo para los pueblos indígenas o pueblos afroecuatorianos, sino para todos.

Además, al vincular los conocimientos con el *sumak kawsay* o buen vivir, la propuesta asume y pone en consideración otra lógica de vida más integral donde el conocer se entreteje con el vivir. De esta manera muestra que el “buen vivir” también es epistémico.

2. La consideración de la naturaleza como sujeto de derechos (artículo 10) y el reconocimiento del derecho a su existencia y reparación (artículos 71-74) es otro ejemplo de este “interculturalizar”. Reconocer la naturaleza no solamente como bien de uso controlado por seres humanos como superiores a ella (la lógica cartesiana), sino como parte integral de la vida, es interculturalizar la lógica y racionalidad dominante, abriéndola a otros modos de concebir. Desde la filosofía o cosmovisión indígena, la naturaleza es ser vivo, con inteligencia, sentimientos, espiritualidad, y los seres humanos son elementos de ella. La naturaleza, tanto en el concepto de “buen vivir” como en el “bien estar colectivo” de los afrodescendientes, forma parte de las visiones ancestrales enraizadas en la armonía integral entre humanos y naturaleza, una armonía que la sociedad occidentalizada ha perdida. Pensar con esta otra lógica (o la que podemos llamar “lógica otra”) como hace la propuesta de la nueva Constitución es, sin duda, algo muy revolucionario; no existe en ninguna otra constitución de América Latina o del mundo. No obstante, es este “constitucionalismo interculturalizado” o “interculturalidad constitucional” que está percibido por los sectores dominantes como amenaza, amenaza a la óptica racionalista, a la estabilidad económica y al control social.
3. El campo jurídico es otro que abre las posibilidades de interculturalizar. Específicamente el artículo 171 reconoce a la justicia indígena la jurisdicción propia. Pero claro el asunto no es simplemente el reconocimiento de un sistema jurídico indígena o de la jurisdicción indígena, un reconocimiento que puede convertirse en poco más que un pluralismo jurídico “unitario” con el sistema indígena subordinado frente al sistema “ordinario”; se corre el peligro de que el sistema de justicia indígena sea simplemente incluido como un sistema aparte y paralelo para los indígenas. Más bien, el asunto es la posibilidad que (artículo 171) abre para la coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y “ordinaria”, posibilitando así una interpretación intercultural de las

leyes, es decir, de un verdadero interculturalismo jurídico o “pluralismo jurídico igualitario”, en palabras de Hoekema (2002). Por lo tanto, ambas jurisdicciones, la indígena y la ordinaria, forman parte integral del orden legal nacional constituyendo así una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho.

4. El último ejemplo es el del *sumak kawsay* o “buen vivir”. El concepto del *sumak kawsay* o buen vivir puede ser visto como hito trascendental de la propuesta de la Constitución; representa un elemento totalmente distinto y nuevo en las constituciones de Ecuador y América Latina. Cuestiona y transgrede los modelos y las prácticas fundantes del Estado y los modelos y prácticas más recientes de la política neoliberal. La filosofía del buen vivir (y del bien estar colectivo afro) es radicalmente opuesta al bienestar neoliberal cuyo enfoque es el individuo y el individualismo alienante de “tener”, haciendo cada vez más fragmentada y débil la relación de sociedad. En los artículos 275-277, la propuesta de la nueva Constitución hace pensar el buen vivir con relación a varios ejes claves: la existencia o vida, la economía, la participación y control social, la naturaleza, la integración latinoamericana y el ordenamiento territorial.

El buen vivir abre las posibilidades de concebir y agenciar la vida de otra manera. Abre la posibilidad de un nuevo contrato social enraizado en la relación y convivencia ética entre humanos y su entorno, con el afán de retar la fragmentación y promover la articulación e interculturalización. De esta manera abre la posibilidad para tejer una nueva identificación social, política y cultural de país que acepte las particularidades histórico-ancestrales a la vez que tome distancia del capitalismo y su arquetipo de sociedad eurocéntrico-norteamericano. Abre la posibilidad de no sobrevivir sino de con-vivir.

En conclusión, lo realmente novedoso de la propuesta de la nueva Constitución no es la introducción de nuevos elementos, sino su intento de construir una nueva lógica y forma de pensar, bajo otros parámetros. Una lógica y forma que no pretende reemplazar o imponer, sino construir enlaces entre los conceptos y prácticas de vida ancestrales del país y los conceptos y prácticas que nos han regido desde la formación de la República

con su perspectiva monocultural y uninacional. Es este intento y pretensión de “interculturalizar” que realmente marca una ruta y propuesta de Estado, sociedad y país radicalmente distinta.

#### **IV. La interculturalidad en el Código Orgánico de la Función Judicial**

##### **4.1. Aspectos generales**

En este numeral me referiré a las alusiones que hace el Código al tema de interculturalidad en sus diferentes Títulos, con excepción del Título VIII que será tratado en profundidad en el numeral 4. 2. En los considerados del Código merece especial mención el noveno, que menciona la adecuación del Código a los estándares internacionales de derechos humanos y Administración de Justicia y se cita a un conjunto de convenios, declaraciones y convenciones internacionales que el Estado ecuatoriano ha suscrito y ratificado. Especial importancia para el tema de interculturalidad tienen los que a continuación se enuncian: Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, el Protocolo adicional a la convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belem Do Para”, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; las decla-

raciones, resoluciones, sentencias, observaciones e informes de los comités, cortes y comisiones de los sistemas de protección internacional de derechos humanos.

Todos estos instrumentos internacionales no tienen el carácter de vinculante en el ámbito legal, sin embargo poseen un fuerte valor moral y de presión internacional que difícilmente cualquier país lo puede dejar de lado. Al revisar el número y la secuencia de informes de cumplimiento se puede observar la poca regularidad y el atraso en elaborarlos por parte del Estado ecuatoriano. Todos los informes enviados a Naciones Unidas han recibido observaciones, la incorporación de las mismas en la normativa, políticas y programas estatales tampoco son sistemáticas ya que siguen siendo observadas en los siguientes informes nacionales.

En el Título I, Principios y Disposiciones Fundamentales, capítulo II, Principios Rectores, dentro de los 28 aprobados hay dos que deben ser comentados. El primero, citado en el artículo 7, Principio de Legalidad, Jurisdicción y Competencia, menciona específicamente a las autoridades de la justicia ordinaria, a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y a las juezas y jueces de paz como los únicos con potestad jurisdiccional. El segundo, tiene que ver con el artículo 24, el Principio de la Interculturalidad, según el cual los servidores y servidoras de justicia deben observar este principio en su desempeño, en especial deben considerar las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos y colectividades usuarias de la justicia.

Llama la atención que cuando se habla en el artículo mencionado de “personas, grupos y colectividades”, no se diga específicamente, como dice la Constitución, culturas indígenas, afroecuatoriana, montubia y mestiza. Su mención ayudaría a mostrar que la interculturalidad es un principio de la justicia que atraviesa al conjunto de la sociedad ecuatoriana y no solamente a indígenas y afros como equivocadamente se concibe.

En el Título II, Carreras de la Función Judicial, Capítulo I, Directrices, en el artículo 36 se mencionan seis principios rectores que deben ser observados para el ingreso y promoción en la Función Judicial: igualdad, prohibición, no discriminación, publicidad, oposición y méritos. El tercer principio hubiera requerido de una mayor puntualización de acuerdo a los tipos de discriminación que se viven en el país: racial, étnica, cultural, de género

y de orientación sexual. Nuevamente su explicitación permitiría iniciar la posibilidad de dejar de discriminar por estas razones.

Igualmente, en el Título II, Carreras de la Función Judicial, Capítulo II, Ingreso y Promoción, Sección VI, Formación Inicial, el artículo 69 habla de tres etapas del curso de formación general: general, específica y práctica. En la general a más de los temas de Derecho y Administración de Justicia se incluirá los temas de género, diversidad e interculturalidad. Se considera muy loable la incorporación de estos nuevos temas en la formación de los servidores judiciales, sin embargo se echa de menos la posibilidad de incorporar los otros temas como Derecho Indígena, Pluralismo Jurídico y Peritaje Antropológico, este último sobre todo muy necesario para resolver conflictos de carácter intercultural.

Finalmente, Título II, Carreras de la Función Judicial, Capítulo III, Órganos Jurisdiccionales, Sección V, Justicia de Paz, al hablar de las atribuciones de las juezas y jueces de paz en el artículo 253 se menciona textualmente que:

“La justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. Si en la sustanciación del proceso una de las partes alega que la controversia se halla ya en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344”.

El artículo 344, como se explicará más adelante, habla de cinco principios de la justicia intercultural. La preocupación con las juezas y jueces de paz, a pesar de que sus atribuciones y deberes están claramente establecidas en el artículo 253, es que surjan conflictos de competencia y jurisdicción con las autoridades indígenas. Ya que debido a su origen y nombramiento comunitario podrían eventualmente interferir en la aplicación de la justicia indígena.

#### 4.2. Relaciones de la justicia indígena con la justicia ordinaria

El Título VIII del Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343 al 346, está dedicado a las relaciones entre las dos justicias. El artículo 343 se

1 Véase en esta obra, Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”.

refiere al ámbito de la justicia indígena en los mismos términos que utiliza el artículo 171 constitucional, sin embargo añade un párrafo adicional que dice: “No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”. Sin embargo, el texto no incorpora la violación de derechos de los niños y niñas que hubiera sido deseable que se mencione al igual que las mujeres.

Algunos comentarios adicionales para reforzar el texto del Código, con frecuencia la violencia y la opresión contra las mujeres indígenas se han interpretado como una influencia occidental o capitalista que ha enturbiado aquellas relaciones tradicionales descritas como armoniosas. Esta idea es cuestionada por Blanca Muratorio (2001) que usando fuentes orales y de archivo ha documentado que la violencia de género entre los *napo-runas kichwas* tiene raíces tanto internas a su propia tradición como relacionadas con el proceso de colonización.

En los últimos años la presencia de las organizaciones de mujeres indígenas ecuatorianas ha marcado un interesante debate tanto al interior del movimiento indígena como con el movimiento de mujeres. Quiero hacer referencia a tres sucesos de los últimos dos años que merecen ser descritos y analizados. El primero tiene que ver con la participación de estas organizaciones en el desarrollo y aprobación de la nueva Constitución ecuatoriana, concretamente con respecto al artículo 171 que norma la vigencia de la justicia indígena. En cual se logro introducir por su gestión directa que la aplicación de la justicia no sería posible sin “la garantía de participación y decisión de las mujeres”, esto luego de un debate con los asambleístas del movimiento Pachakutik que eran todos hombres y que se oponían a introducir esta parte el texto.

El segundo suceso se refiere a la declaración del encuentro internacional “Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral”, llevado en Quito del 20 al 24 de octubre de 2008, con la presencia de delegadas indígenas de nueve países latinoamericanos, en la cual aunque se reconoce la existencia del sistema de justicia ancestral señalan que no se está atendiendo de manera satisfactoria y oportuna la resolución de una serie de conflictos que involucran a las mujeres, tales como la violencia en sus múltiples expresiones, adulterio, pago de alimentos, conflictos de herencia, acceso a la tierra e impedimento de su participación en las organizaciones representativas y en el nombramiento en calidad de autoridades.

El último es continuación del anterior y se realizó hace pocos días, en el cual las organizaciones de mujeres indígenas ecuatorianas que participaron en el encuentro internacional plantearon a las autoridades estatales<sup>2</sup> y a la cooperación internacional involucradas en la reforma de la normativa que se desprende de la aplicación de la nueva Constitución su participación activa y militante con propuestas específicas.

El artículo 344 hace alusión a cinco principios de la justicia intercultural que deben aplicar los funcionarios de la justicia ordinaria en sus procedimientos: diversidad, igualdad, non bis in idem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural. Algunos comentarios al respecto. En el principio de diversidad se debería incorporar el término nacionalidad junto al de pueblo indígena, tal como lo señala la Constitución (artículos 56 y 57), ya que de esa manera se les menciona con la denominación oficial usada por ellos mismos, reconociendo de esta manera la diferencia entre pueblo y nacionalidad que también es normada por la norma constitucional.

En el principio de igualdad se incorpora a la intervención procesal la participación de traductores de lenguas indígenas, la figura de peritos antropólogos y de especialistas en derecho indígena, elementos todos indispensables y necesarios para proporcionar a los jueces los suficientes elementos de juicio que les permita pronunciar sentencias basadas en la interpretación propia de las culturas indígenas. Este avance incluye evidentemente que cualquiera de los tres personajes mencionados pueda ser tanto indígena como no indígena.

Al respecto, los derechos de protección previstos en la Constitución, artículo 76, numeral 7, literal f, garantiza el derecho a *“ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no se comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento”*, lo cual no solo exige la adopción dentro de la justicia ordinaria de traductores legales sino también la necesidad que las autoridades judiciales en territorios con presencia de población indígena deberían hablar las lenguas indígenas respectivas como requisito para ocupar el cargo.

2 En especial el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Fiscalía General, los Consejos para la Igualdad Étnicos y de la Mujer, el Plan Nacional contra la Violencia y el sistema de Naciones Unidas.

Respecto al principio del non bis in idem, su aplicación se refuerza con otro derecho de protección previsto también en la Constitución, artículo 76, numeral 7, literal i, que dice que *“nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”*. Uno de los pocos casos de jurisdicción existentes en la justicia ordinaria ecuatoriana utilizo justamente este principio para fallar a favor de la justicia indígena, se trata del conocido caso de la comunidad de La Cocha, en la provincia de Cotopaxi, que fue sustanciado por el juez penal Carlos Poveda en el año 2002, lo que provocó que hasta la actualidad el caso todavía no haya sido cerrado.

El principio de pro jurisdicción indígena está relacionado con el principio de protección constitucional, artículo 76, numeral 5, que menciona:

“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”

Este principio también tiene concordancia con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales que da preferencia en el caso de tomar sanciones a aquellas que sean alternativas a la privación de libertad o encarcelamiento. Los elementos que califiquen el grado de rigurosidad de una sanción es un tema que deberá ser consensuado en la relación de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Finalmente el principio de interpretación cultural trata de plantear la comprensión del delito por parte de la justicia ordinaria desde la cosmovisión indígena. Tal como lo señalan Tibán e Ilaquiche (2008:60): *“el delito debe ser observado y analizado desde la cosmovisión indígena, mas no juzgar un hecho desde la óptica del derecho positivo”*. Esta acción justamente llevara a la denominada discriminación de la justicia indígena, tal como la llama Raquel Yrigoyen (2002).

El artículo 345 del Código habla de la declinación de competencia de las juezas y jueces a favor de las autoridades indígenas siempre y cuando

haya petición de los mismos en tal sentido. Establece el plazo de tres días para probar la calidad de la autoridad indígena peticionaria bajo su propio juramento. Luego de lo cual se procederá al archivo de la causa. Esta competencia de las autoridades indígenas solo espera ser asumida por las mismas de tal manera de empezar a crear jurisprudencia al respecto.

El artículo 346 del Código se refiere a la promoción de la justicia intercultural en tres sentidos: el primero, la obligación del Consejo de la Judicatura de designar recursos humanos y económicos para la coordinación y cooperación entre los dos sistemas, ejemplos cercanos a nuestra realidad muestran avances en ese sentido, tal el caso del Consejo de la Judicatura colombiano que mantiene el programa de “Escuelas de Derecho Propio” que son espacios que los diversos pueblos indígenas mantienen para fortalecer sus sistemas de justicia.

El segundo sentido tiene que ver con la capacitación de servidores y servidoras de la Función Judicial para que *“conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas”*. Este reto debe ser asumido en dos niveles: en el currículo de las facultades de Derecho de las universidades ecuatorianas y al interior de la Escuela de la Función Judicial<sup>3</sup>. Solo la profesionalización de este personal en estos temas permitirá una mejor comprensión del llamado “otro” Derecho<sup>4</sup>.

El tercer sentido del artículo 346 es mandatorio para el Consejo de la Judicatura, en el sentido de que no tiene ningún tipo de incidencia sobre la naturaleza y funcionamiento de la justicia indígena, lo cual asegura que las relaciones de coordinación y cooperación están garantizadas por lo menos desde el punto de vista formal.

3 Véase en esta obra, Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”.

4 Véase en esta obra, Vanesa Aguirre, “Las carreras de la Función Judicial: hacia un nuevo modelo de gestión de los recursos humanos del sector justicia”.

#### IV. Retos

Para concluir plantear algunos retos que la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial deja planteado en el futuro inmediato. El primer gran reto es la preparación, discusión y aprobación de la ley de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, prevista en el artículo 171 de la Constitución, y que por iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos juntamente con Naciones Unidas se encuentra en proceso de preparación, se espera al final del año 2009 presentarla a la Asamblea Nacional para su aprobación, luego de un proceso de debate lo más amplio y participativo con todos los actores involucrados.

Hay otros retos que deberán ser discutidos y consensuados. Me refiero al tema de la competencia en sus diversas acepciones: material, territorial, individual, colectiva y temporal de la justicia indígena. Respecto a la competencia material esta justicia debe conocer y regular todas las materias, sin límite alguno de cuantía y gravedad. Lo contrario sería volver a un pluralismo jurídico unitario en reemplazo del pluralismo jurídico igualitario.

En cuanto a la competencia territorial, individual y colectiva la Constitución y el Código definen claramente la competencia y jurisdicción dentro del ámbito territorial de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígenas, lo que siembra duda es que pasa cuando una persona no indígena comete un delito en territorio indígena. Este asunto requiere discusión y acuerdos entre las dos justicias.

La competencia temporal con el principio del *non bis in idem* se considera como cosa juzgada por lo tanto no puede estar sujeta a ser sometida a la justicia ordinaria. El Código es claro al regular esta situación y evitar una interpretación equivocada.

El principio de que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad no tiene validez desde el entendimiento de la diversidad cultural. Esto se sustenta en lo que Cabedo (2004) llama “error de comprensión culturalmente condicionado”, es decir, se considera la exclusión de la culpabilidad de una persona atendiendo a su condición cultural diferente del resto de la población de un país.

Todo sistema de justicia, indígena u ordinario, está sujeto a excesos de poder. Por eso es indispensable que los mismos sistemas se regulen en el caso

que esto suceda, la dos justicias están sometidos a control a través del respeto a los derechos humanos y de la acción de la Corte Constitucional, se vuelve indispensable establecer cómo y en qué casos de excepción esta Corte deberá actuar.

Para finalizar respondo al subtítulo de este artículo: del monismo jurídico a la interlegalidad. El planteamiento que está en el fondo es mostrar que el derecho estatal es en sí mismo plural, porque esta afectado por otros órdenes normativos, el derecho internacional, el transnacional y también por las legalidades no estatales (los sistema de derecho indígenas y afroecuatorianos por ejemplo). El concepto planteado por Boaventura de Sousa Santos (1995: 297-298) de interlegalidad como:

“Una concepción de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes como en nuestras acciones, en ocasiones da saltos cualitativos o crisis oscilantes en nuestras trayectorias como en la rutina de los eventos cotidianos. Nuestra vida está constituida por una intersección de órdenes legales, esto es la interlegalidad”.

Este concepto aparece como una categoría válida para observar las conexiones entre normas y su expresión simbólica, en diferentes planos que van de lo local y lo nacional a lo internacional.

## V. Bibliografía

- Burguete, Araceli y Xochitl Leyva y Shanon Speed (Coordinadoras) (2008). *Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina*. Hacia la investigación de co-labor. CIESAS, FLACSO Guatemala y Ecuador, México.
- Cabedo, Vicente (2004). “El reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígena en el convenio No. 169 de la OIT”, en revista *Política y Cultura*.
- Colom, Francisco (editor) (2001). *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*. Anthropos-UAM-I. Barcelona, España
- De la Peña, Guillermo (1999). “Territorio y ciudadanía étnica en la nación globalizada” en *Desacatos*. Vol.1, Año 1, Primavera, pp. 13-27.
- Díaz Polanco, Héctor y Consuelo Sánchez (2002). *México diverso: el debate por la autonomía*, Siglo XXI, México.

- Gledhill, John (1997). "Liberalism, Socio-Economic Rights and the Politics of Identity: From Moral Economy to Indigenous Rights" en: Richard Wilson (ed.) *Human Rights, Culture and Context. Anthropological Perspectives*. London, Pluto Press, pp. 70-110.
- Hale, Charles (2000). "Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala", en *Journal of Latin American Studies*, vol. 34.
- Hoekema, André (2002). "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en revista *El Otro Derecho*, No. 27-28, ILSA, Bogotá. pp. 63-98.
- Muratorio, Blanca (2001). "History and Cultural Memory of Violence Against Indigenous Women in the Ecuadorian Upper Amazon," manuscrito.
- Postero, Nancy (2002). "Constructing indigenous citizens in multicultural Bolivia". Publicación en línea: [www.geocities.com](http://www.geocities.com)
- Santos, Boaventura de Sousa (1995) *Towards common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge, Nueva York/Londres.
- (2005). "Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia", en *Revista Interculturalidad*, año 1, No. 1, pp. 9-44.
- Taylor, Charles (1994). "The Politics of Recognition" en Amy Gutmann (ed.) *Charles Taylor. Multiculturalism*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, pp. 25-73.
- Tibán. Lourdes y Raúl Ilaquiche (2008). *Jurisdicción indígena en la Constitución política del Ecuador*. Fundación Hanns Seidel, Quito.
- Yrigoyen, Raquel (2002). "Peru: pluralist constitution, monist judiciary. A post reform assessment", en Rachel Sieder (editora) *Multiculturalism in Latin American, indigenous rights, diversity and democracy*. Palgrave Macmillan, Londres, pp. 157-183.