



Revista Jurídica Piélagus

ISSN: 1657-6799

pielagus@usco.edu.co

Universidad Surcolombiana

Colombia

Cruz Carrillo, Juan Pablo  
Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos  
Revista Jurídica Piélagus, vol. 16, núm. 1, junio, 2017, pp. 103-117  
Universidad Surcolombiana

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=587977798004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos\*

## *Legal pluralism, indigenous justice and human rights*

Juan Pablo Cruz Carrillo

Universidad Indoamericana, Ecuador  
juanpabdoctorado77@gmail.com

Recibido: 16/12/16 Aprobado: 10/03/17  
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1449>

### RESUMEN

El objetivo de esta investigación es identificar y explicar los presupuestos teóricos y metodológicos que permitan una interpretación coherente de los derechos humanos como límites al ejercicio de la justicia indígena en países donde la jurisdicción de las autoridades indígenas es reconocida legalmente.

Para ello, se examinan y comparan las tesis básicas del monismo y el pluralismo jurídico, la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena, y las principales semejanzas y diferencias entre las expresiones 'derechos naturales', 'derechos constitucionales' y 'derechos humanos', para identificar a cuáles de ellas se hace referencia cuando se analizan los límites a la justicia indígena.

La conclusión principal es que el auténtico pluralismo jurídico se verifica en las sociedades donde coexisten la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria, ambas limitadas por el respeto a los derechos humanos, cuya concepción dependerá de la visión sobre los mismos en las diferentes culturas involucradas, así como de los presupuestos teóricos, sociológicos y antropológicos que se asuman implícita o explícitamente.

### PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Jurisdicción Ordinaria; Justicia Indígena; Monismo Jurídico; Pluralismo Jurídico.

### ABSTRACT

This research aims to identify and explain the theoretical and methodological frameworks that allow for a consistent interpretation of human rights that limits the practice of autonomous indigenous justice in countries where the jurisdiction of indigenous authorities is recognized to be on equal footing with State jurisdiction.

This claim examines and compares the basic theses of legal monism and legal pluralism, State jurisdiction and indigenous justice. Furthermore, this investigates the principle similarities and differences between expressions of natural, constitutional and human rights, to identify which are referenced when limits of indigenous justice are analyzed.

The main conclusion is that authentic legal pluralism is observed in societies where indigenous and State jurisdiction coexist, and both are limited by respect for human rights. This design will depend on the vision of both of the cultures involved, as well as the theoretical, sociological and anthropological frameworks that are assumed, either implicitly or explicitly.

### KEYWORDS

Human Rights; Indigenous Justice; Legal Monism; Legal Pluralism; Ordinary Jurisdiction.

\* Artículo de investigación.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo constituye un resultado parcial de la investigación que bajo el tema "los derechos humanos de los justiciables como límites a la jurisdicción indígena en el Ecuador" desarrolla su autor en la facultad de derecho de la Universidad de la Habana.

Su objetivo central es clarificar algunas de las cuestiones teóricas de fondo que subyacen a la investigación particular del tema en el ámbito ecuatoriano, donde el pluralismo jurídico, la justicia indígena y los derechos humanos se interrelacionan en un ambiente particularmente complejo, en el que existen fuertes tensiones entre las facultades de administrar justicia atribuidas a las autoridades indígenas en la Constitución de 2008 y la exigencia de respeto a los derechos humanos.

Como telón de fondo aparece el pluralismo jurídico, entendido en el contexto ecuatoriano como pluralismo legal y pluralismo jurisdiccional; el primero caracterizado por la existencia del orden jurídico estatal junto al derecho de los indígenas, el segundo por la existencia de la jurisdicción estatal paralela a la jurisdicción indígena. Y en medio de todo ello una cuestión de fondo que anima el desarrollo de esta investigación ¿cuáles son los límites materiales que deben respetar las autoridades indígenas ecuatorianas en ejercicio de su facultad de administrar justicia?

Las respuestas pueden ser varias, pero en cualquier caso es necesario tener claros los fundamentos que las sustentan, algunos de los cuales desarrollamos en este ensayo.

### 1. MONISMO Y PLURALISMO JURÍDICO

Cuando se analizan los estudios más difundidos, citados y comentados relacionados con el pluralismo jurídico, no deja de sorprender las características del lenguaje en que dichos textos son presentados (una recopilación de textos puede verse en Guevara Gil, 2014). Al pasar de un autor a otro pareciera que, a pesar de que emplean la misma terminología, palabras, y giros semánticos, están haciendo referencia a objetos de estudio o análisis que en ocasiones solo tienen en común el lenguaje utilizado.

En ese sentido, uno de los autores más citados, después de afirmar que "el concepto de pluralismo jurídico lleva discutiéndose unos cuarenta años..." reconoce que: "no obstante, considero que las discusiones sobre esta idea se han vuelto cada vez más superficiales, sobre todo

porque adolecen de claridad conceptual y de una adecuada comprensión de sus implicancias teóricas y metodológicas para entender el papel del derecho en la sociedad" (Von Benda-Beckmann, 2014, p.17).

Si esa afirmación fuera asumida literalmente, sería forzoso concluir que las largas discusiones sobre el pluralismo jurídico (definición, objeto de estudio, potencialidades y limitaciones), y su contrapartida, el monismo jurídico, pudieran diluirse si, en dichas discusiones, se utilizara el lenguaje con mayor precisión: a causa de tanto uso y abuso de las expresiones "pluralismo jurídico", "monismo jurídico", "interlegalidad", "derecho alternativo", "derecho no estatal" u otras de connotaciones similares, se puede concluir que cada autor recrea, utilizando un mismo lenguaje, un universo de referencia esencialmente diferente al de sus colegas (Garzón López, 2014, p. 187).

Además de las cuestiones lingüísticas, hay otras aristas de la dualidad "monismo jurídico" y "pluralismo jurídico", cuya clarificación es imprescindible para avanzar en el tema que nos ocupa: es preciso señalar que no existe en la literatura jurídica, política o sociológica (los tres ámbitos donde se ha centrado la discusión) de los últimos tres siglos, un autor o una obra de la que se pueda predicar con absoluta seguridad la defensa de todas o, al menos, las principales tesis que suelen atribuirse al "monismo jurídico".

Dicho de otra manera: el monismo jurídico como objeto de estudio y reflexión, y la teoría del monismo jurídico contra la que se han lanzado las diatribas de los pluralistas de todos los tiempos, no es sino una reconstrucción hecha a partir de diferentes elementos de la teoría jurídica o política que suele identificarse- sin mayores precisiones-, como la *teoría jurídica tradicional*.

Entre ellos se suelen mencionar, desde el punto de vista de la teoría política: la soberanía, el monopolio estatal de la producción del derecho o el principio de legalidad; desde el punto de vista de la teoría jurídica: la identificación del derecho con la ley, la separación entre aplicación y creación del derecho y el carácter sistemático de este último, todo lo cual desembocaría en el formalismo jurídico (Garzón López, 2012, p. 215).

Según Carlos Antonio Wolkmer (2001), esas características del monismo jurídico, desde el punto de vista de la teoría política o jurídica tradicional, han conducido a desconocer las fuentes vivas de la creación del derecho, la coexistencia de diferentes órdenes normativos, a

perder de vista la manera en que se vive el derecho en la sociedad, o a ignorar el funcionamiento real de las instituciones encargadas de su aplicación, así como el agotamiento del paradigma de las sociedades basadas en el modelo liberal de representación política (Wolkmer, Carlos Antonio, 2001).

No existe por otra parte, un único pluralismo jurídico, ni como descripción de una determinada realidad social, mucho menos como enfoque metodológico o analítico del derecho; tampoco existe lo que se pudiera identificar como una teoría del pluralismo jurídico o un lenguaje particular a través del cual se exprese aquel.

En todo caso, de lo que sí se puede hablar es de la existencia de escritos y escritores, investigaciones e investigadores, que comparten unas tesis básicas en cuanto a lo que identifican como monismo o pluralismo jurídico, así como de la existencia de una publicación especializada, como lo es el *Journal of Legal Pluralism*, una publicación específicamente diseñada para la difusión del pluralismo jurídico a partir de los trabajos propios de los miembros de *Commission on Legal Pluralism* y de especialistas de diferentes áreas referidos al tema (CMP 2017) foros o instituciones en las que dichos autores han difundido y difunden sus resultados.

Un ejemplo de instituciones lo constituye la *Commission on Legal Pluralism*, creada en 1978 por la *International Union of Anthropological and Ethnological Sciences*; en su largo periodo de existencia ha organizado más de 20 congresos mundiales sobre pluralismo jurídico en diferentes países, y publica, desde entonces, su revista oficial, el *Journal of Legal Pluralism*, con una frecuencia trienal (CMP 2017).

Cada uno a su manera y según su punto de vista, coincide en situar los orígenes del pluralismo actual en las obras de escritores occidentales del siglo XIX y principio del siglo XX. Desde un punto de vista analítico, se podría caracterizar dicho pluralismo jurídico como esencialmente teórico, sociológico y academicista, raras veces sustentado en investigaciones empíricas, orientado hacia el estudio del derecho como fenómeno social (Garzón López, 2012, p. 190), y vinculado a la cultura política y jurídica de la época.

Sus conclusiones probablemente podían ser coherentes con los ámbitos geográficos y culturales en que se originaron, pero al ser extraídas de ese contexto contribuyeron a complicar excesivamente el análisis de fenómenos aparentemente similares en otras culturas y

contextos geográficos; sin embargo, entre sus conclusiones más celebradas está la crítica al derecho positivo vigente, dando cuenta de que tanto aquél, como la teoría jurídica que lo sustentaba, eran insuficientes para explicar en toda su complejidad el fenómeno jurídico.

Basado en esos antecedentes, tuvo el pluralismo jurídico un resurgimiento a partir de la década de 1970 (Guevara Gil, 2014 y Griffiths, Jhon, 2014), tomando como referencia a sus antecesores en lo que se podría llamar la *actitud pluralista en el estudio del derecho*, pero vinculándolo esta vez más a los estudios antropológicos que a la teoría sociológica; razón por la cual, una vez más, los pluralistas europeos se lanzaron al estudio de sociedades tribales, indígenas, post coloniales, grupos marginales u organizaciones sociales situadas fuera de Europa pero armados eso sí, de los instrumentos analíticos propios de la cultura europea.

La nueva oleada del pluralismo jurídico tomó como objeto de estudios una realidad muy diferente: no se trataba ya de las sociedades europeas del siglo XIX y principios del XX, sino de unas sociedades en las que, pese a siglos de colonización, dominación y civilización forzadas, se habían conservado formas diferentes de regular las relaciones sociales y resolver los conflictos.

Mientras que allá se hablaba de "grupos sociales", "instituciones", "gremios" o "corporaciones" que creaban su propia normatividad para llenar los vacíos no cubiertos por el derecho estatal, aquí se habla de grupos sociales que ya tenían una normatividad antes que les fuera impuesto aquél (Engle Merry, Sally, 2013, p. 4).

Habría que ver hasta qué punto el pluralismo jurídico europeo o norteamericano, con sus instrumentos analíticos, sus giros lingüísticos, su terminología academicista y su visión civilizadora es pertinente para explicar la coexistencia en ámbitos no europeos, de grupos humanos que, si bien viven dentro del espacio de soberanía estatal con sus leyes y autoridades, mantienen, conservan y viven dentro de una normatividad diferente a la estatal.

Que tal pertinencia es apenas cuestionada, se evidencia en que los estudios a partir de los que se relanzó el pluralismo jurídico actual se realizaron fundamentalmente por investigadores europeos o norteamericanos en las sociedades llamadas "post coloniales", las cuales han conservado gran parte de su normatividad originaria, mezclándolas en muchos casos con elementos de la cultura y prácticas jurídicas dominantes.

Es preciso insistir, como resultado de los análisis anteriores, en que definir los términos "monismo jurídico" y "pluralismo jurídico" y su ámbito de aplicación, implica también problematizarlos, teniendo en cuenta que en ambos casos siempre existe, por un lado, una posición teórica de fondo, y por otro, una toma de posición, muchas veces implícita, en cuanto al lugar del Estado y la política en relación con el derecho.

Así, por ejemplo, el pluralismo es bueno en política -en la actualidad una sociedad pluralista es sinónimo de una política democrática y participativa- pero en derecho puede ser sinónimo de casuismo, anarquía o falta de autoridad desde una visión occidental de lo jurídico; en América Latina en la actualidad, el pluralismo jurídico generalmente es sinónimo de una sociedad en la que conviven junto al derecho estatal, diferentes prácticas jurídicas de pueblos y comunidades indígenas.

Por otro lado, no todo pluralismo jurídico es positivo o negativo en sí mismo: cuando la fuente del pluralismo son los pueblos indígenas, por ejemplo, un pluralista puede argumentar sin dificultad sobre sus bondades; pero si son las empresas transnacionales quizás prefiera regresar al monismo jurídico y exigir un derecho estatal más agresivo.

Llevando el argumento al extremo, pudiéramos afirmar que, en temas de pluralismo, lo que es bueno en política no lo es siempre en derecho y viceversa: razón por la cual parece más acertada una concepción analítica en la que, dentro del marco general del Estado, y en relación con el derecho no asuma a priori la bondad o perversidad del monismo o el pluralismo, político o jurídico.

Una concepción analítica con un doble propósito: *teórico* para analizar lo que se dice en los discursos sobre el pluralismo jurídico; y *sociológico* para identificar el objeto de referencia de dichos discursos. Y desde ese *punto de vista analítico* es preciso tener en cuenta, cuando se habla o se escribe (o se lee obviamente) sobre pluralismo jurídico si la expresión se refiere a:

- El pluralismo jurídico como *teoría*. Si se considera que una teoría es una construcción conceptual que, a partir de unas tesis básicas, unos principios definidos y un objeto de estudio delimitado pretende dar respuestas a la mayor cantidad de preguntas posibles sobre su objeto de estudio, se puede considerar que el pluralismo jurídico es concebido como tal por autores como Sally Engle Merry (s/f p. 96 y Garzón López, 2014, p. 215).

- El pluralismo jurídico como *metodología*. "El *pluralismo jurídico* es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad" (Yrigoyen Fajardo, Raquel, 2006, p. 537). Desde ese punto de vista, el pluralismo jurídico sería una metodología que, desde una perspectiva teórica, aborda el estudio de la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico.
- El pluralismo jurídico como *observación empírica*. "Designaremos aquí como "pluralismo jurídico" -escribió Oscar Correas (1995, p. 100)- el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos".
- El pluralismo jurídico como *fundamento de acción reivindicatoria*. "El pluralismo jurídico una vez aceptado como indiscutible realidad, permite ver el complejo normativo como lugar de la lucha entre sistemas que son sostenidos por grupos y clases antagónicas" (Oscar Correas 1995, p. 108). El pluralismo jurídico funcionaría así, por un lado como instancia de crítica al monismo jurídico, al derecho estatal y al Estado en general, y por otro como fundamento de legitimidad de reivindicaciones sociales frente al Estado.

Desde un punto de vista sociológico-descriptivo, los discursos sobre el pluralismo jurídico pueden referirse a:

- Pluralidad de autoridades estatales con facultades normativas y/o jurisdiccionales en sentido amplio (es lo normal en las sociedades actuales).
- Una única autoridad legislativa estatal que delega parte de sus funciones normativas y/o jurisdiccionales en otras (también normal en las sociedades actuales).
- Existencia de autoridades no estatales con facultades normativas y/o jurisdiccionales (también normal en las sociedades actuales).
- Grupos sociales legalmente constituidos que tienen sus propias autoridades con facultades normativas y/o ejecutivas de sus decisiones (normal en las sociedades actuales).
- Grupos ilegales que tienen sus propias autoridades con facultades normativas y/o ejecutivas de sus decisiones (el caso de grupos guerrilleros, por ejemplo).
- Pueblos o comunidades indígenas, originarias o ancestrales que conservan sus prácticas tradicionales, incluyendo normas de convivencia y aplicación de sanciones ante su violación.

Como conclusión del análisis anterior es pertinente afirmar que la referencia de la expresión pluralismo jurídico, en función del tema que se investiga, es aquella que designa la coexistencia y convivencia, dentro del territorio de un Estado, de grupos humanos con culturas, tradiciones, lenguajes, prácticas y cosmovisiones marcadamente diferentes y en la cual, particularmente, en aquellos pueblos o comunidades indígenas donde se conservan sus autoridades y normatividad originaria propias; tratase, en síntesis, de sociedades interculturales, plurinacionales o multiculturales (Ariza Santamaría, Rosemberg, 2010, p. 91) en las que el derecho estatal ocupa un lugar hegemónico, pero coexiste con aquella normatividad originaria legalmente reconocida, a cuyo análisis se dedicará el epígrafe siguiente.

## 2. LA SINGULARIDAD DEL DERECHO INDÍGENA

Hasta aquí se ha hablado intencionalmente de "normatividad" cuando se hace referencia a normas de conducta que no provienen de la autoridad legislativa estatal, con el objetivo de distinguirlas del derecho en sentido estricto. Siguiendo la misma terminología, utilizaremos la expresión "normatividad originaria" para hacer referencia a las normas que regulan las conductas dentro de las comunidades o pueblos indígenas, así como a las que se utilizan para resolver los conflictos que eventualmente surgen entre sus miembros.

A esa normatividad, a falta de una denominación más apropiada a su contexto, se le han dado nombres diversos: "derecho indígena", "fuero indígena", "justicia indígena", "derecho consuetudinario", "derecho tradicional", entre otros.

Aquí surge una diferencia notable entre el pluralismo sociológico, academicista, y el pluralismo de carácter antropológico: las fuentes del pluralismo antropológico, el objeto de análisis, no son ya las inasibles y etéreas asociaciones, comunidades o grupos sociales, sino algo bien concreto como son los pueblos originarios de aquellos Estados en los que, pese a la dominación cultural, han conservado una parte considerable de su normatividad originaria.

Hasta qué punto es conveniente llamar derecho indígena a esa normatividad originaria, y si debe ser encuadrado dentro de la noción de fuente de pluralismo jurídico, es algo que se discutirá enseguida.

Para empezar, llamar derecho a esa normatividad comporta serios inconvenientes teóricos, conceptuales y

prácticos a un tiempo: el término "derecho" está asociado, desde su origen con el término "Estado": si la normatividad propia de los pueblos indígenas no se asocia a la idea de Estado o autoridad estatal, antes bien en muchos casos la excluye, parece muy poco apropiado llamar a esa normatividad 'derecho', aun cuando se le agregue el adjetivo indígena.

Por otro lado, la noción de derecho en la teoría tradicional que el pluralismo jurídico cuestiona, y probablemente en cualquier otra teoría del derecho defendible, se asocia a la existencia de un orden, de un sistema en el que se integran continuamente disposiciones jurídicas de diferente origen, contenido, carácter y jerarquía que, sin embargo, tienen un mismo centro de imputación que no es otro que una autoridad estatal (Kelsen, Hans, 2009, p.111).

La idea de derecho implica, además, la idea del jurista como profesional, y las múltiples divisiones hacia el interior de las profesiones jurídicas cada vez más estratificadas que carecerían de sentido sin la existencia de unas instituciones especializadas en la producción legislativa, en la aplicación de las leyes y en su ejecución, así como en su enseñanza y reproducción en centros de educación universitaria o investigación, y nada de eso está presente en la normatividad de los pueblos indígenas que se fundamentan en sus tradiciones y costumbres ancestrales, aun cuando hayan elementos de la administración de justicia estatal.

Por esas razones parece más adecuado utilizar la expresión "normatividad originaria", que hace referencia a un tipo de normatividad no estatal legitimada ante ésta por su origen; que ha existido y existe al margen de que sea reconocida o no por las autoridades oficiales.

La normatividad originaria así definida implica: la forma de concebir, explicar y vivir la vida desde los pueblos indígenas; fundamenta los sistemas de vida, sistemas jurídicos y de organización política, social, económica y cultural, así como el conjunto de valores, principios, creencias, normas y todas las formas de manifestaciones y expresiones propias de los pueblos indígenas. La cosmovisión de los pueblos indígenas se basa en que el universo es un todo, es una integralidad, cada uno de los elementos que lo conforman tiene una razón de ser, están interrelacionados y son complementarios (Del Cid Lucero, Víctor Manuel, 2011, p. 48-49).

Originaria, además, para diferenciarla de otras probables visiones del pluralismo jurídico que reclaman legitimidad no por su origen, sino por su función o por los sujetos a los que se circunscribe (Campaña, Pablo, 2011, p. 572).

De cualquier manera, y para no añadir nuevos términos o expresiones al ya recargado lenguaje sobre los indígenas y el derecho, será suficiente con adoptar una convención lingüística según la cual se utilizará la expresión “derecho sobre los indígenas” para referir a las leyes que desde el poder estatal y los órganos institucionales con facultades normativas a todos los niveles de su estructura, se dictan para regular las relaciones sociales individuales o colectivas de los indígenas entre sí o con aquellas instituciones.

La expresión tiene un doble sentido: que sea derecho sobre los indígenas significa por un lado que se refiere a ellos, que los toma como objetos o sujetos de regulación jurídica, y por otro que es un derecho que les viene impuesto desde fuera por autoridades que no son las de comunidad, pueblo o nacionalidad, que no se derivan de sus prácticas y tradiciones ancestrales.

Un derecho que, si bien trata sobre los indígenas, no se refiere a su normatividad originaria sino al derecho creado desde el Estado para ordenar las relaciones entre los indígenas, y entre estos y los poderes públicos con respecto a la tierra, el trabajo, matrimonio, propiedad, entre otros. Ese derecho sobre los indígenas puede tener diferentes grados de desarrollo en la medida que se reconozca mayor o menor autonomía a las autoridades indígenas o a sus costumbres, y se basa en la existencia de “unas dependencias gubernamentales de ámbito nacional o regional [que] se ocupan (...) de la administración de los asuntos de las comunidades indígenas” (Stavenhage, Rodolfo, s/s/, s/f p. 34).

Por otra parte, para referirnos a las normas, costumbres, prácticas y tradiciones que rigen en las diferentes formas de organización de los pueblos indígenas utilizaremos la expresión “derecho de los indígenas”; se trata de las normas de conducta individuales o colectivas que tales organizaciones han asumido o asumen como propias, al margen de que sean reconocidas o no por el derecho sobre los indígenas, y en virtud de las que realizan sus propias prácticas de administración de justicia y aplicación de medidas correctivas o de carácter sancionatorio.

El derecho de los indígenas así entendido, implica una visión estática de las normas de conducta, una visión desde el punto de vista del observador, externa y descriptiva, que da cuenta de que en un determinado pueblo o comunidad indígena se tienen como vigentes y obligatorias tales o cuales normas.

Faltaría, para tener un cuadro completo de ese derecho, adoptar el punto de vista del participante, de quien identifica las normas y, además, siente como obligatorio su cumplimiento, así como legítimo el reproche que se le haga en caso de incumplimiento (Hart, H. L. A, 1990 y Bulygin, Eugenio, 1998, p. 41-48).

Esa necesidad se deriva del hecho de que la expresión 'derecho de los indígenas' sirve para describir las normas vigentes (vigencia entendida en el doble sentido de aceptación de esas normas y críticas de los comportamientos que se apartan de ella) dentro de la comunidad, pero no da cuenta de su significación o sentido para sus miembros; razón por la cual para un observador externo, ciertas prácticas pueden parecer vejatorias, irracionales o inhumanas si no se las ubica en el contexto específico en que se realizan.

Desde un punto de vista analítico, es importante distinguir si con las expresiones “derecho indígena”, “justicia indígena”, “derecho consuetudinario” o “derecho tradicional”, (todas las cuales se han descartado aquí en favor de la expresión derecho de los indígenas) se utilizan para designar a:

- Prácticas toleradas por el Estado pero no reconocidas legalmente; tolerancia en este sentido con la pretensión implícita de conseguir en algún momento la desaparición, mediante asimilación, de la normatividad originaria.
- Reconocidas pero limitadas al territorio donde está asentado el grupo y aplicables a cualquiera que se encuentre dentro del mismo.
- Reconocidas pero limitadas a los miembros del grupo sin importar donde se encuentren.
- Reconocidas pero limitadas solo por el respeto de ciertos parámetros establecidos en la ley estatal como la dignidad humana o los derechos humanos, por ejemplo (Garzón López, 2014, p. 187).
- Prácticas integradas al orden jurídico estatal mediante leyes especiales (en este caso desaparecería este tipo de "pluralismo" a la vez que se limitaría el desarrollo del derecho de indígena).
- Una combinación en diferentes grados de todos los elementos anteriores (Stavenhage, Rodolfo, s/s/, s/f p. 34).

Desde una perspectiva histórica es probable que el pluralismo jurídico, entendido como el fenómeno de la coexistencia de un orden normativo jurídico estatal con órdenes normativos originarios, en un mismo tiempo y espacio geográfico, ha transcurrido siguiendo esa línea de

desarrollo: desde la tolerancia con pretensiones de superación de la diferencia hasta la combinación de elementos potencialmente contradictorios y que, por eso mismo, otorgan una nueva dimensión al derecho de los indígenas y a las prácticas de la justicia indígena (Yrigoyen Fajardo, Raquel, 2006, p. 540).

En efecto, si bien el derecho de los pueblos y comunidades indígenas correspondientes ha transitado y sobrevivido a las vicisitudes políticas de los territorios donde están asentadas (desde la conquista y colonización de dichos territorios hasta su descolonización y fundación como Estados independientes), su posición dentro de la correlación de fuerzas políticas, sociales y económicas siempre ha sido desfavorable.

Por todo ello, podemos considerar que el derecho de los indígenas, en los ordenamientos jurídicos que es reconocido como tal, constituye un derecho singular con respecto al derecho estatal, que se puede diferenciar de aquel, tomando en cuenta diferentes criterios como su origen, configuración, autoridades y formas de proceder; tal singularidad es lo que le otorga la cualidad de ordenamientos jurídicos pluralistas y de donde se derivan dos formas de pluralismo: legal en cuanto a las normas, jurisdiccional en cuanto a las autoridades encargadas de su aplicación.

Para comprender esos datos y entender cómo y porqué se han llevado a muchos textos constitucionales y documentos internacionales de los últimos 30 años el reconocimiento del derecho de los indígenas y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, es preciso estudiar algunas de dichas constituciones; antes, para cerrar el círculo de la dinámica normatividad originaria-justicia indígena, se ve en el siguiente epígrafe cuáles son los aspectos fundamentales de esta última.

### 3. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Frente a la especialización del derecho estatal, con sus funcionarios, agencias, instituciones, estructuras, jerarquías y procedimientos estratificados y formalizados a través del propio derecho, aparece la noción de derecho de los indígenas, dentro de la cual, solo de manera artificiosa, se podrían identificar aquellas estratificaciones.

Y frente a la estructura jurídica oficial aparece la noción de justicia indígena que no distingue *prima facie* entre lo civil, lo penal, administrativo o mercantil; en ella solo

aparecen unas normas que han sido violadas y unas autoridades que siguen un proceso del cual puede resultar alguna consecuencia para las personas involucradas; se trata, en síntesis, de una visión integral de la justicia como justicia indígena, que acaso sólo comparte con la justicia estatal algunos de sus fines sociales.

Cuáles son las características más sobresalientes de esa noción de justicia, sus fuentes de legitimidad y su ámbito de aplicación, no es una pregunta que se pueda responder en abstracto o desde un punto de vista específicamente jurídico; antes bien, se requieren análisis antropológicos realizados al respecto para separar, en la medida de lo posible, aquello que corresponde a la justicia propiamente indígena de aquello que se ha incorporado por asimilación del derecho estatal.

Tanto lo asimilado como lo autóctono debe ser entendido desde el punto de vista de su funcionalidad, más que desde su origen o cualidades formales; esa es precisamente la función más importante que cumplen los peritos antropólogos en sede judicial cuando concurren a rendir informes acerca de las costumbres, normas o tradiciones vigentes en una determinada comunidad, a los efectos de hacer viable el respeto a los postulados del pluralismo jurídico y la interculturalidad.

Para delinear lo que suele llamarse 'justicia indígena', es preciso ponerla frente a su contraparte la justicia estatal. El punto común entre ambas es el término "justicia", sobre la cual se han escrito innumerables páginas que van desde los que la consideran un ideal irracional (Kelsen, Hans, 2009, p. 49) hasta los que han construido una obra monumental para diseñar una sociedad justa (Rawls, Jhon, 1961), por mencionar solo a dos de los autores más importantes del siglo XX.

Se analiza en lo que sigue, no la justicia en abstracto, sino la administración de justicia, tomando como punto de referencia la que está fundada en el derecho estatal, y poniéndola frente a la justicia indígena asentada en el derecho de los indígenas, para delinear de cada una los aspectos fundamentales, valorar sus formas de aplicación e identificar sus principales características, y sus límites.

Un análisis con esas pretensiones sugiere establecer criterios comunes de comparación, a partir de los cuales se determinen las convergencias y divergencias de ambos sistemas de administración de justicia; el resultado permitirá argumentar que, aún con las notables diferencias entre ambos sistemas, ello no es causa de

justificación para que las autoridades de la justicia indígena incurran en violaciones a los derechos humanos de los justiciables.

Los criterios fundamentales, sistematizados de diferentes fuentes, son los siguientes:

- **Origen del sistema de administración de justicia:** la administración de justicia estatal forma parte del sistema burocrático general a través del que se realizan las funciones del Estado (Weber, Max, 1964, T.2, p. 651); se originó y desarrolló íntimamente relacionada con la evolución de la organización política de la sociedad, aunque los cambios de organización política no siempre han derivado en cambios formales similares en la administración de justicia; prueba de ello es que muchas de las leyes que la sustentan y las instituciones que la realizan con frecuencia han perdurado más allá de las transformaciones políticas. La justicia indígena, por su parte, se integra a la cultura general de los pueblos indígenas y forma parte de su vida cotidiana y, tanto éstos como aquella, suelen perdurar en sus formas durante largos períodos de tiempo adaptándose a los contextos no por decreto, sino por los impulsos internos o externos pero en función siempre de preservar su cultura; razón por la cual los cambios que ocurran solo es posible identificarlos estudiando de manera retrospectiva (CAJ, 2009, p. 30).

- **Acceso a su conocimiento:** la estructura, organización y funcionamiento del sistema de justicia estatal se puede conocer estudiando las leyes vigentes relativas a la materia; un estudio más detenido sobre su funcionamiento real, en su aspecto dinámico, una actitud similar a la que estuvo en los orígenes de movimientos como el realismo jurídico americano (Campos Zamora, Francisco, 2010, p. 192 y Castillo Ortiz, Pablo José, 2014, p. 575- 596). El acceso al conocimiento de la justicia indígena puede ser más complicado, porque no existe, como en la administración de justicia estatal, un cuerpo de leyes que la organicen, sino un conjunto de prácticas que sí bien pueden ser descritas por un observador minucioso, el conocimiento de su funcionamiento real demanda una comprensión profunda de la cultura dentro de la que se inserta, debiéndose para ello recurrir a la sociología empírica o a la antropología (CAJ, 2009).

- **Estructura:** la administración de justicia estatal, como parte de la burocracia formada para garantizar el ejercicio del poder político en el Estado moderno, se funda en los mismos principios estructurales y funcionales que aquella: jerarquía, estratificación,

procedimientos escritos, estandarizados, reglamentos minuciosos; autoridades centrales con representantes en los niveles regionales y locales que, en último término, remiten siempre a una autoridad suprema. En la justicia indígena solo de manera artificiosa pudieran identificarse los elementos anteriores: en principio, no existen “funcionarios” dedicados exclusivamente a la administración de justicia, en general no hay procedimientos escritos ni reglamentos (CAJ, 2009, p. 89), mucho menos autoridades supremas remotas (salvo en los caso de referencias sus ancestros, los dioses, etcétera) ante las que eventualmente pueda apelarse una decisión adoptada por la autoridad actuante y reconocida como tal (CAJ, 2009, p. 1320).

- **Formas de proceder:** iniciativas, demandas, denuncias, términos, plazos, requisitos, condiciones, peritos, testigos, alguaciles, policías...todo un ejército de personas y medios dedicados a la exclusiva tarea de administrar la justicia estatal; no obstante, son comunes las denuncias por causa de la lentitud en los procedimientos, retardo procesal, acumulación de causas, errores judiciales o corrupción que justifican la desconfianza con que ciertos pueblos indígenas ven la administración de justicia estatal. Prefieren la suya propia, en la que todo transcurre prácticamente en un solo acto y en frente de la comunidad (Castro, Jorge, 2010, p. 119): denuncia, juzgamiento y resolución; salvo raras excepciones no hay procedimientos estandarizados escritos, ni unas instituciones separadas del grupo que administran justicia por encima de la comunidad. En ambos casos comparten las facultades de: conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones aunque difieren en sus objetivos y los medios coercitivos para obligar a su cumplimiento: la fuerza pública, la administración de justicia estatal, la presión social del grupo, la justicia indígena.

- **Objetivos:** vengar, castigar, aislar, reprimir, socializar, reinsertar, han sido algunos de los objetivos de la administración de justicia estatal; utilizando medios diversos que evolucionaron desde la esclavitud hasta la prisión. Sin embargo, existen dudas en cuanto al grado en que se hayan alcanzado dichos objetivos y, particularmente sobre la prisión como medio para resocializar o reinsertar en la sociedad a los sancionados; las críticas suelen ser más que los méritos. Otra razón por la cual muchos pueblos indígenas prefieren su justicia, cuyo objetivo principal es restablecer el orden y la convivencia dentro de la comunidad, buscando un equilibrio (Castro, Jorge, 2010, p. 117) no siempre logrado entre los derechos colectivos y los derechos individuales. En lugar de largas penas de prisión, se reciben castigos corporales

para la depuración. En lugar de aislar, se dan trabajos en beneficio de la comunidad; en consecuencia su dignidad nunca es violentada, uno de los principios de la justicia indígena es la purificación del cuerpo y alma del indígena sancionado, sin acosarlo, insultarlo, ni ir en contra de su dignidad.

- **Jurisdicción:** en la administración de justicia estatal, la jurisdicción se define según la estructura territorial del Estado: a mayor jerarquía, mayor ámbito jurisdiccional, y viceversa, llegando hasta la instancia suprema que tiene jurisdicción sobre todo el territorio del Estado. En todo caso, la división territorial está legalmente establecida y ante la duda corresponde resolver, en principio, a la jerarquía superior común. En la justicia indígena, la jurisdicción es menos sofisticada y más fragmentaria: cada pueblo o comunidad está asentado sobre un territorio definido principalmente por usos o costumbres, sobre el mismo ejerce su jurisdicción la autoridad del pueblo o comunidad correspondiente; los potenciales conflictos de jurisdicción surgen a propósito de problemas entre miembros de comunidades o pueblos diferentes, o de hechos ocurridos en el territorio de una comunidad que involucre a miembros de otra.

- **Competencia:** la competencia en la administración de justicia hace referencia a la materia sobre la cuál puede conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones una determinada instancia judicial. La estratificación del derecho estatal es verificable también en la administración de justicia: la competencia será civil, administrativa, penal, laboral, mercantil, familiar o internacional, de acuerdo a las divisiones establecidas al interior del derecho, así como en el acta de nombramiento del funcionario actuante; en consecuencia este último, ante un caso sometido a su posible conocimiento, debe asegurarse de tener la competencia necesaria para resolver. Al interior del derecho de los indígenas, dichas estratificaciones apenas pueden ser verificadas: la autoridad identificada y reconocida como tal por la comunidad o pueblo indígena tiene, para decirlo con un término tomado del derecho procesal, competencia plena: no importa cuál sea el contenido material de una disputa dentro del ámbito de su jurisdicción, su autoridad comprende conocer, juzgar y obligar al cumplimiento de sus decisiones en todos los casos que impliquen un riesgo para la convivencia de la comunidad.

Como resultados del análisis anterior se puede afirmar que:

- Junto a la justicia ordinaria, estatal, común a todo el territorio del Estado, coexiste la justicia indígena de

carácter singular allí donde es reconocida legalmente como tal, cuyo funcionamiento se sustenta en un derecho también singular como lo es el derecho de los indígenas.

- Es posible establecer puntos comunes de comparación entre la justicia indígena y la administración de justicia estatal, lo que permite distinguir entre la función de protección de los derechos humanos de la justicia estatal y la función de resolución de conflictos internos de la autoridad indígena, de donde se deriva que las prácticas de esta última para ser legales, deben ser compatibles con los derechos humanos de los justiciables.
- No obstante las diferencias entre las prácticas de las autoridades indígenas y la justicia estatal, ello no justifica que las primeras puedan incurrir en violaciones a los derechos humanos de los justiciables al momento de juzgar o aplicar las sanciones correspondientes en los casos que encuentren méritos para ello, ya que el respeto a la dignidad de la persona, a su integridad física y corporal así como el derecho a no ser víctima de tratos crueles o inhumanos, están por encima de las facultades judiciales de las autoridades indígenas en el ejercicio, de manera que los fundamentos tradicionales de sus prácticas no justifican su violación.

#### 4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES MATERIALES A LA JUSTICIA INDÍGENA

Como quedó dicho cuando se analizó la justicia indígena, las teorías actuales sobre la justicia tienen como punto de encuentro a los derechos humanos; y siendo la justicia indígena un caso particular de justicia legítima allí donde coexisten el derecho estatal y el derecho de los indígenas, queda por explicar de qué manera esta particular concepción de la justicia es compatible con las exigencias del respeto a los derechos humanos, que es común tanto en los instrumentos de protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas como en las constituciones analizadas.

No obstante, la misma exigencia general de respeto a los derechos humanos se presenta de diferentes maneras y con expresiones diferentes: en el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) se exige a la jurisdicción indígena el respeto a los *derechos humanos* internacionalmente reconocidos y a los *derechos fundamentales* definidos por el sistema jurídico nacional; mientras que la declaración de la ONU refiere como límites a la jurisdicción indígena la ley, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y los *derechos y las libertades* de los demás.

En el plano constitucional, la vigente Constitución de Colombia reconoce la jurisdicción indígena y sus normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la *Constitución y leyes de la República*; en la Constitución vigente de la República Bolivariana de Venezuela se establecen como exigencias a la jurisdicción indígena respetar la *Constitución*, a la ley y al *orden público*; en tanto que en la vigente Constitución de Bolivia se establecen como exigencia el respeto al *derecho a la vida*, el *derecho a la defensa* y *demás derechos* y garantías establecidos en la presente Constitución.

Como puede apreciarse en el caso de los instrumentos internacionales, se hace referencia explícita a los derechos humanos, derechos fundamentales y derechos y libertades con la vaguedad y ambigüedad propias del lenguaje diplomático de los documentos internacionales cuya interpretación corre a cuenta de las instituciones de los Estados firmantes.

En contraste, en las constituciones analizadas, solo la de Bolivia hace referencia explícita a los derechos (a la vida y a la defensa), en tanto la de Colombia y Venezuela remiten a las exigencias de respeto a la Constitución, las leyes o al orden público sin hacer referencia explícita a los derechos humanos o derechos fundamentales; por consiguiente se puede verificar allí una diferencia en cuanto a los límites explícitos impuestos a las autoridades indígenas.

Como nota común a todos los textos, aparece la exigencia que se impone a la jurisdicción indígena, de respetar en sus prácticas los derechos humanos reconocidos a todos los ciudadanos, que incluyen obviamente a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.

Sin embargo, al tomar en cuenta las características de la jurisdicción indígena y su visión integral de la justicia, al momento de analizar las posibles actitudes de las autoridades indígenas en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales con respecto a la exigencia constitucional de respeto a los derechos humanos, pudiera pensarse en al menos tres posibilidades teóricas:

- Para la justicia indígena, la exigencia de respeto a los derechos humanos puede resultar contraproducente, ya que como afirma Jorge Castro (2010, p. 114) “la exigencia de respeto a los derechos humanos, concebidos desde el punto de vista de la llamada cultura civilizada [ha sido] uno de los mayores escollos para una Ley de Coordinación entre un derecho y otro”; la crítica general es que se trata de construcciones elaboradas a partir de la visión propia

de las civilizaciones occidentales, con sus ingredientes de racionalidad, universalidad e individualismo que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena (ANINP, 2013, p. 72).

- Los derechos humanos son relevantes para la justicia indígena en la medida en que sean compatibles con sus tradiciones, prácticas y costumbres, o sean funcionales para su protección; de esta percepción se derivan las exigencias de los pueblos indígenas a tener su propio derecho, y que como tal es reconocida a nivel internacional y constitucional; pero otra cosa muy diferente es que en nombre de ese derecho propio, puedan incurrir en violaciones a los derechos humanos de los justiciables, lo cual no tiene fundamento en ninguno de los documentos internacionales o constituciones analizadas.

- Los derechos humanos constituyen uno de los límites materiales para el ejercicio de la justicia indígena; ya que aunque le son reconocidas legalmente sus tradiciones, prácticas y costumbres, incluidas las relativas a la resolución de conflictos y aplicación de sanciones, su actuación no puede ser contraria el respeto a dichos derechos humanos (Borja Jiménez, Emiliano, 2009, p. 35).

Las dos primeras posibilidades se corresponden con la justicia indígena desde su propia cosmovisión: los derechos humanos, desde ese punto de vista, serían contraproducentes o irrelevantes, o serían pertinentes o relevantes solo en la medida en que sean compatibles con aquella; en tanto la tercera posibilidad está concebida desde el punto de vista del derecho estatal en general, y de su administración de justicia en particular: la justicia indígena es reconocida en la medida en que sus prácticas respeten la vigencia de los derechos humanos.

No obstante las aspiraciones teóricas o políticas frecuentemente encubiertas de diferentes maneras de que la justicia indígena pudiera materializarse sin límites impuestos por la autoridad estatal, lo cierto es que en el panorama político actual, lo más frecuente es que la justicia indígena sea garantizada, incluso constitucionalmente, dentro de los límites impuestos por el derecho estatal y la exigencia de respeto a los derechos humanos.

Siendo así, importa entonces identificar cuáles serían los derechos humanos relevantes para la justicia indígena, y en qué sentido pueden argüirse como límites materiales legítimos a su ejercicio. El hecho de que los derechos de los pueblos indígenas, la jurisdicción indígena y la justicia

indígena sean protegidos a nivel constitucional responde al criterio de *legalidad*; al mismo criterio responde la exigencia de respeto formal a los derechos humanos que les es impuesta. Que esos límites representados por el respeto a los derechos humanos sean *legítimos* o *efectivos* es otra cuestión que será analizada más adelante.

Por otra parte, no es preciso insistir en que la expresión “derechos humanos” hay que tomarla con suma cautela; su significado puede variar notablemente dependiendo del hablante, del contexto, del discurso o del acto al que se refieren la expresión. Es comúnmente aceptado que los derechos humanos han evolucionado significativamente en los últimos 300 años, desde los derechos naturales proclamados por el iusnaturalismo racionalista en el siglo XVII hasta su posición privilegiada en los textos constitucionales contemporáneos.

Las expresiones “derechos naturales”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, relativas todas a la expresión genérica “derechos humanos”, dan buena cuenta de esa transformación, a la vez que permiten introducir matizaciones que ayudan a entender su relación potencialmente conflictiva con la justicia indígena; el siguiente análisis persigue ese objetivo (Aguilar Cavallo, Gonzalo, 2010, p. 15-71).

- Derechos naturales: serían todos aquellos que le corresponden al hombre por su naturaleza humana; cuál sea esa naturaleza no ha dejado de discutirse aún. No obstante, baste con decir en este contexto que desde que fueron formulados taxativamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 han sido incorporados, con otros nombres y otros fundamentos, a la mayoría de las constituciones contemporáneas, a la vez que constituyen uno de los pilares de diferentes concepciones de la justicia.
- Derechos fundamentales: los que sirven de base o fundamento para el desarrollo de la persona, de donde puede colegirse que no todo lo que suele identificarse como derecho humano es necesariamente un derecho fundamental (Bastida Francisco, J, 2004, p. 13).
- Derechos constitucionales: de entre todos los derechos humanos, los derechos constitucionales son todos aquellos que han sido incluidos en la constitución o que en virtud de una cláusula de progresividad otros derechos no incorporados que se deriven de aquéllos, o que surjan como resultado del desarrollo de la sociedad, sean inferiores a éstos o gocen de menor protección.

Ahora bien ¿a cuál de los significados posibles de la expresión “derechos humanos” se está haciendo referencia cuando se habla de ellos como límites materiales a la justicia indígena?

La distinción es importante y no sólo en términos semánticos, ya que de ella pueden colegirse también las diferencias en cuanto al punto de vista del hablante: así, derechos naturales hacen referencia al origen de los derechos; derechos fundamentales hacen referencia a su importancia para la protección de la dignidad humana; en tanto derechos constitucionales hacen referencia al lugar donde pueden ubicarse los mismos.

Menos clara parece la cuestión cuando de esas explicaciones teóricas se pretende extraer respuestas prácticas: no es lo mismo una definición gramatical de los derechos humanos, que una definición ostensiva: en aquélla se responde a la pregunta “qué son”, mientras que una definición ostensiva implica y, si se quiere, presupone la respuesta anterior, ya que su función es señalar “cuáles son” los derechos de que se habla.

Si aplicáramos ese test a los documentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas (OIT/1957, OIT/1989, ONU, 2007) o a las constitucionales vigentes en algunos de los países andinos (Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia) en todos los cuales se exige a las autoridades de los pueblos indígenas el respeto a los derechos humanos en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, el resultado es que de ninguno de ellos se puede extraer una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué son los derechos humanos de los que se habla allí o, en vista de la ausencia de una definición gramatical, cuáles serían esos derechos humanos.

En ambos casos subyace todavía una interrogante no resuelta: se trata de saber si, pese a las diferencias señaladas en cuanto a puntos de vistas sobre los derechos humanos, comparten un mismo fundamento, o si a cada concepción corresponde un tipo particular de fundamento que es preciso distinguir. Esta última parece ser la opción más viable, asumiendo que si bien los derechos humanos comparten un fundamento último y su carácter de universales, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, también es cierto que en la medida en que esas características se acerquen más contextos o prácticas sociales, se requieren de otros fundamentos que los hagan operativos.

En ese sentido se puede afirmar que, desde el punto de vista de su fuente, los derechos naturales tienen un

fundamento *antropológico* ya que se basan en las cualidades de sus titulares -la cualidad de hombre producto de la naturaleza, su carácter racional o su cualidad de sujeto histórico- (Fassó, Guido, 1981); los derechos fundamentales tienen un *fundamento político* y una relación de medio-fin (son fundamentales porque no dependen de su reconocimiento por el Estado, sino porque son un medio para garantizar la dignidad humana u otros valores); mientras que los derechos constitucionales tienen un *fundamento positivista* -son los reconocidos en la Constitución- (Marlasca López, Antonio, 1998, p. 561-578).

Si se retrocede hacia la discusión del tema monismo-pluralismo jurídico, se puede constatar que el pluralismo se manifiesta no solo en cuanto a las fuentes del derecho, la administración de justicia o la existencia de pueblos, comunidades o nacionalidades diversas en el interior de un mismo Estado, sino también de manera significativa en las concepciones sobre los derechos humanos, sus *fundamentos* y sus límites.

A diferencia de los defensores del monismo jurídico, quienes proclaman el pluralismo jurídico tienen una visión más antropológica, iusnaturalista e historicista de los derechos humanos (Wolf, Paul, 1991, p. 150); un fundamento, específicamente determinado por la existencia de pueblos indígenas con sus costumbres, tradiciones, culturas y normas de convivencia propias, que exigen una visión relativista de la fundamentación de los derechos humanos.

En contra de la visión individualista y universalista de los derechos humanos occidentales, se arguyen sus prácticas ancestrales, sus costumbres inmemoriales, su derecho propio deriva de sus tradiciones y su descendencia de los primeros habitantes de sus territorios, cuya memoria se pierde en los tiempos (Serbal/Unesco, 1985).

El fundamento no es ya tanto antropológico como histórico; no se trata aquí de las características del hombre, sus cualidades racionales, o de autonomía de su voluntad, sino del origen temporal de lo que defiende la cosmovisión indígena y sus prácticas ancestrales; todo ello se opone a los fundamentos racionalistas o legalistas de los derechos humanos, no porque sea mejor o peor, más o menos valioso, más o menos justo, sino porque es más antiguo y venerable (F. V. Savigny, 1970).

Aquí radica precisamente el principal foco de tensiones en cuanto a la legitimidad de establecer límites materiales

a la justicia indígena: además de definir qué o cuáles derechos humanos deben oponerse como límites, importa también la justificación en la que tales límites se sustentan, ya que en ambas operaciones teóricas subyace la idea de que los derechos humanos no son un fin en sí mismo, sino un medio para algo más importante en relación con sus titulares y la sociedad en su conjunto.

Y la tensión se produce porque se trata de una cuestión que no puede ser resuelta simplemente por un decreto estatal, en el que se definan qué derechos humanos deban respetar las autoridades indígenas en la administración de su justicia, sino a través de la determinación de los límites de la justicia indígena como facultad atribuida a sus autoridades, de manera que en su ejercicio respeten las exigencias de los derechos humanos, sin perjuicio del pluralismo jurídico, la plurinacionalidad y la interculturalidad.

El hecho de que existan, aun dentro de un mismo Estado, diferentes pueblos o comunidades indígenas que reclaman la aplicación de su propia justicia antes que la estatal, limita en gran medida la posibilidad de intervenciones legislativas que resulten eficaces, razón por la cual las soluciones más comunes que se han adoptado en este aspecto son por la vía jurisdiccional, tomando en cuenta las características, contextos y sujetos de casos concretos y decidiendo en función de respetar, por una parte la justicia indígena, y por la otra hacerle honor a las exigencias nacionales e internacionales de respeto a los derechos humanos y la dignidad humana.

Una síntesis de esas diferentes visiones sobre el derecho y los derechos humanos constituye una nota significativa del constitucionalismo y la jurisprudencia constitucional latinoamericana de los últimos 30 años (especialmente la emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Venezuela), donde se ha reconocido la legalidad de la justicia indígena y su administración, poniéndole como límites materiales explícitos el respeto a los derechos humanos.

Para cerrar este ensayo es preciso insistir en que, así como no es posible reducir la justicia indígena a un solo modelo, tampoco se puede asumir una única forma de interpretar los derechos humanos como límites que deben respetar las autoridades indígenas en sus prácticas de justicia, ni definir de una vez cuáles derechos, en qué sentido y hasta qué punto deben ser respetados en dichas prácticas.

Razón por la cual la posible aspiración a una solución única y definitiva al problema de investigación planteado resulta inviable, siendo preferible, en vista de la infinidad de conflictos que surgen o puedan surgir en las diferentes prácticas de la justicia indígena, establecer unos criterios generales que puedan servir de guía tanto al legislador ecuatoriano como al juez, al estudioso de la materia y eventualmente a la autoridades de los pueblos y comunidades indígenas.

## CONCLUSIONES

La conclusión principal de esta investigación es que el auténtico pluralismo jurídico se verifica en las sociedades donde coexisten legalmente la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria, ambas limitadas por el respeto a los derechos humanos, cuya concepción dependerá de la visión sobre los mismos en las diferentes culturas involucradas, así como de los presupuestos teóricos, sociológicos y antropológicos que se asuman implícita o explícitamente; en correspondencia con lo anterior se pueden exponer las siguientes consideraciones.

La necesidad de distinguir entre jurisdicción ordinaria y justicia indígena sugiere establecer criterios comunes de comparación, a partir de los cuales se determinen las convergencias y divergencias de ambos sistemas de administración de justicia; los criterios fundamentales, a los fines de esta investigación son los siguientes: a) Origen del sistema de administración de justicia; b) Acceso a su conocimiento; c) Estructura interna; d) Formas de proceder; e) Objetivos; f) Jurisdicción y g) Competencias.

El principal resultado de la comparación es que la jurisdicción estatal se diferencia en aspectos importantes de la justicia indígena, aunque comparten también algunas coincidencias. Entre las más importantes está el hecho de que ambas tienen carácter constitucional y legal en los países donde ha sido reconocida la jurisdicción indígena, por lo cual es preciso establecer criterios ante los potenciales conflictos que surjan en la ejecución de sus respectivas atribuciones y competencias, así como definir la institución o instituciones facultadas para resolverlos en forma vinculante y erga omnes.

Por otra parte, el hecho de que existan, aun dentro de un mismo Estado, diferentes pueblos o comunidades indígenas que reclaman la aplicación de su propia justicia antes que la estatal, limita en gran medida la posibilidad de intervenciones legislativas que resulten eficaces, razón por la cual las soluciones más comunes que se han

adoptado en este aspecto son por vía jurisdiccional, tomando en cuenta las características, contextos y sujetos de casos concretos y decidiendo en función de respetar, por una parte la justicia indígena, y por la otra, hacerle honor a las exigencias nacionales e internacionales de respeto a los derechos humanos y la dignidad humana.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I . Académica de Responsabilidad Social (DARS). (2014). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- II . Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2010). Aguilar Cavallo, Gonzalo. "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero-abril.
- III . ANINP. (2013). Agenda Nacional para la igualdad de Nacionalidades y Pueblos (ANINP) 2013– 2017. CODAE, CODEPMOC, CODENPE con el apoyo técnico de SENPLADES, Quito, junio.
- IV . Ariza Santamaría, Rosembert. (2010). "Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia." Instituto Interamericano de Derechos Humanos. - San José, C.R.
- V . Bastida Francisco, J. (2004). Bastida Francisco, J. et. al. Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. Tecnos, Madrid.
- VI . Borja Jiménez, Emiliano. (2009). Borja Jiménez, Emiliano: "Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos", en: Nuevo Foro Penal No. 73 - Julio-diciembre de 2009-Universidad EAFIT.
- VII . Bulygin, Eugenio. (1998). Bulygin, Eugenio. "Sobre observadores y participantes" Revista Doxa, Universidad de Alicante, no. 21/1998, pp. 41-48.
- VIII . CAJ. (2009). Manual informativo para pueblos indígenas, Comisión Andina de Juristas.
- IX . Campos Zamora, Francisco. (2010). Campos Zamora, Francisco. "Nociones fundamentales del realismo jurídico" Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 122, mayo-agosto.
- X . Campaña, Pablo. (2011). Campaña, Pablo. "Pluralismo jurídico y dominación". Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones

- "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, Buenos Aires, 2011, p. 572. <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos>. Accedido 23 de abril 2017.
- XI . Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ). (2014). Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú.
- XII . Castillo Ortiz, Pablo José. (2014). Castillo Ortiz, Pablo José. "¿Importa el derecho?". Política judicial, realismo jurídico y el problema de la indeterminación del derecho en tanto que problema metodológico ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política No. 51, julio-diciembre.
- XIII . Castro, Jorge. (2010). Castro, Jorge. Los derechos Humanos y la Jurisdicción Especial Indígena, en: Criterio Jurídico Garantista, año 2, No. 3, julio- diciembre.
- XIV . CMP. (2017). Commission on Legal Pluralism, puede verse su página oficial: [www.commission-on-legal-pluralism.com](http://www.commission-on-legal-pluralism.com)
- XV . Del Cid Lucero, Víctor Manuel. (2011). Del Cid Lucero, Víctor Manuel (compilador). Glosario de Ciencias Sociales y Pueblos Indígenas. s/e, impreso en Nicaragua, 2011. Voz: Cosmovisión indígena.
- XVI . Engle Merry, Sally. (2013). Engle Merry, Sally. "McGill convocation address: legal pluralism in practice", en: McGill Law Journal, 2013.
- XVII . Fassó, Guido. (1981). Fassó, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho, Tomos II y III, Ediciones Pirámide, Madrid.
- XVIII . F. V. Savigny (1970). Thibaut y Savigny: La codificación. Introducción y selección de textos de J.
- XIX . Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas indígenas.
- XX . Garzón López. (2014). Garzón López, Pedro. Pluralismo jurídico, en: Eonomia. Revista en Cultura de Legalidad, no. 5 septiembre 2013-febrero 2014.
- XXI . Guevara Gil. (2014). Guevara Gil, Jorge Armando y Aníbal Gálvez Rivas (Compilación y traducción). Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Lima: Centro de Investigación,
- XXII . Griffiths, Jhon. (2014). Griffiths, Jhon: What is legal pluralism? Disponible en: Journal of legal pluralism, No, 24, 1984, pp. 1- 55.
- XXIII . Hart, H. L. A. (1990). Hart, H. L. A. El concepto de Derecho (1961), traducción de Genaro R. Carrió, segunda edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- XXIV . Kelsen, Hans. (2009). Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. 4ª. Edición 9na. Reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, 2009. Especialmente el Capítulo IX. La estructura jerárquica del orden jurídico.
- XXV . Marlasca López, Antonio. (1998). Marlasca López, Antonio. "Fundamentación filosófica de los derechos humanos." Rev. Filosofía Univ. Costa Rica, XXXVI (90).
- XXVI . Oscar Correas. (1995). Correa, Oscar. Ideología, derecho alternativo y democracia. Crítica Jurídica, 1995, Ariza Santamaría, Rosembert, 2010.
- XXVII . OIT/1957. Convenio 107/1957, Sobre poblaciones indígenas y tribales, adoptado en la 40 Asamblea de la Organización Internacional del Trabajo el 26 de junio de 1957.
- XXVIII . OIT/1989. Convenio 169/1989, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989.
- XXIX . ONU, 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007.
- XXX . Rawls, Jhon. (1961). Rawls, Jhon. Teoría de la justicia. (1961). Fondo de Cultura Económica, México.
- XXXI . Sally Engle Merry. (s/f ). Engle Merry, Sally, Jhon Griffiths y Brian Z. Tamanaha. Pluralismo jurídico. Estudio Preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Universidad de los Andes.
- XXXII . SERBAL/UNESCO. (1985). AA.VV. Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, Serbal/UNESCO, donde un grupo de filósofos de diferentes regiones y culturas del mundo exponen su visión particular de los derechos humanos.
- XXXIII . Stavenhage, Rodolfo. (s/s/, s/f.) Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades.
- XXXIV . Stern, (s/f ). trad. del alemán de José Díaz García, Editorial Aguilar, Madrid.
- XXXV . Von Benda-Beckmann. (2014). Von Benda-

- Beckmann, Franz. "La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal" en Guevara Gil, Jorge Armando y Anibal Gálvez Rivas (Compilación y traducción). Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección.
- XXXVI . Weber, Max. (1964). T.2. Weber, Max. Economía y Sociedad, Esbozo de sociología comprensiva. Edición preparada por Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México (dos tomos).
- XXXVII . Wolf, Paul. (1991). Wolf, Paul. "Los derechos del indio- ayer y hoy" en: Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva época, tomo VIII, Madrid.
- XXXVIII . Wolkmer, Carlos Antonio. (2001). Wolkmer, Carlos Antonio. Pluralismo Jurídico. Fundamento de uma nova cultura no Direito. Alfa Omega, Sao Paulo, 2001 (tercera edición revisada y actualizada). Especialmente el Capítulo I.
- XXXIX . Yrigoyen Fajardo, Raquel. (2006). Yrigoyen Fajardo, Raquel. "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en: Berraondo, Mikel (coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

**Sitios web consultados:**

- XL. CConst del Ecuador:  
<http://www.corteconstitucional.govb.ec>. Consultado el 03 de junio de 2017.
- XLI . CConst de Colombia.  
<http://www.corteconstitucional.gov.co>. Consultado el 09 de mayo de 2017.
- XLII. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. <http://www.tcbolivia.bo>. Consultado el 20 de julio de 2017.
- XLIII. Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Venezuela. <http://www.tsj.gob.ve/sala-constitucional>. Consultado el 19 de junio de 2017.