

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

**Valoración jurídica acerca del derecho alternativo y la justicia
indígena en el sistema jurídico ecuatoriano**

***Legal assessment of alternative law and indigenous justice in the
Ecuadorian legal system***

Nevárez Moncayo, Juan Carlos ¹

¹ us.juannevarez@uniandes.edu.ec. Profesor Derecho, UNIANDES, Sede Santo Domingo, Ecuador.

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 02/10/2020

RESUMEN

El presente trabajo investigativo está dirigido a una valoración jurídica del derecho alternativo y la justicia indígena dentro del sistema jurídico ecuatoriano, con la finalidad de promover el contenido constitucional y legal de aquellas normas jurídicas y clases de justicia, aceptadas en el contexto del pluralismo jurídico que impera en el nuevo orden de los Estados constitucionales. La importancia de abordar esta temática surge de la necesidad de anteponer al pluralismo jurídico, en los sistemas jurídicos constitucionalizados de los Estados, a efectos de liberar a la justicia indígena de los paradigmas de la justicia ordinaria, como una nueva opción de derecho alternativo en pro de la garantía de los derechos humanos fundamentales. El objetivo de esta investigación es realizar una valoración jurídica acerca de la justicia indígena como una forma de derecho alternativo dentro del sistema jurídico ecuatoriano, y garantizar con ello la plena vigencia de los derechos fundamentales. La investigación está concebida desde el método cualitativo, el mismo que nos permitirá aplicar técnicas e instrumentos necesarios para valorar jurídicamente al Derecho Alternativo y la Justicia Indígena en el marco del pluralismo jurídico, como elemento sustancial del nuevo ordenamiento jurídico de los Estados. El derecho alternativo se propone incluir en la actividad del juez, no sólo los elementos de legalidad, sino los parámetros de legitimidad que ponen en relación los contextos en los que deben aplicarse las normas y los principios generales del derecho que en toda situación democrática deben primar sobre las meras subsunciones hechos-normas.

PALABRAS CLAVE: Valoración jurídica; Derecho Alternativo; Justicia Indígena.

ABSTRACT

This investigative work is aimed at a legal assessment of alternative law and indigenous justice within the Ecuadorian legal system to promote the constitutional and legal content of those legal norms and classes of justice, accepted in the context of legal pluralism that it reigns in the new order of constitutional states. The importance of addressing this issue arises from the need to prioritize legal pluralism in the constitutionalized legal systems of the States, free indigenous justice from the paradigms of ordinary justice as a new option of alternative law in favor of the guarantee of fundamental human rights. This research aims to carry out a legal assessment of indigenous justice as a form of alternative law within the Ecuadorian legal system and thereby guarantee the full validity of fundamental rights. The research follows a qualitative method, which will allow us to apply the techniques and instruments necessary to legally assess Alternative Law and Indigenous Justice within the framework of legal pluralism, as a substantial element of the States' new legal system. Alternative law is proposed to include the judge's activity not only on the aspects of legality but also on the parameters of legitimacy that relate the contexts in which the norms and general principles of law should stand above over any democratic fact-norm subsumption.

KEYWORDS: Legal assessment; Alternative Law; Indigenous Justice.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación trata acerca de una valoración jurídica del Derecho Alternativo y la Justicia Indígena en el sistema jurídico ecuatoriano, con el único propósito de abonar a estudios anteriores sobre esta temática cuya importancia se ve reflejada en el contexto del pluralismo jurídico que ha permitido el desarrollo del derecho indígena y la garantía de la justicia indígena, al interior de los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales de derecho.

El Diccionario Jurídico de Ramírez Gronda, al explicar la definición de valoración jurídica, parte ante todo que los valores son una especial casta de seres ideales (la belleza de un cuadro; la bondad de una acción; la justicia de un precepto jurídico; la utilidad de un objeto, etc.), de los cuales, lo único, que puede predicarse, es, sencillamente, que valen (valores positivos) o que no valen (valores negativos o “desvalores”: p. ej. acción inmoral; objeto inútil; sentencia injusta) y que se aprehenden “mediante una especial intuición no sensible, llamada estimación”. Los valores son a priori, es decir “independientes de la experiencia de los objetos reales”, y, además, son objetivos, plenos de contenido en sí, con independencia de nuestra particular subjetividad; de tal suerte que se dan “inmediata e íntegramente como objetos en

una intuición esencias..., siendo, por lo tanto, susceptibles de un conocimiento riguroso, absoluto, evidente”. La norma jurídica, además de su forma lógica y de sus contenidos contingentes -enseña Carlos Cossio- es la representación de un valor, es decir, “contiene representada una valoración jurídica”. Esta valoración no es puramente la Justicia o el Orden, sino que consiste en un plexo valorativo que puede expresarse en una serie de valores como la Justicia, Solidaridad, Cooperación, Paz, Poder, Seguridad y Orden. Ramírez, J.(1976)

Los valores que sustentan el Derecho y constituyen su sentido son espirituales, y cada uno contiene su opuesto (antivalor o desvalor). Además, están muy cerca de los que componen la noción de la Moral: bondad y su negación: maldad; lealtad contra deslealtad; justo contra injusto. Todas estas categorías pudieran pertenecer bien a la Moral bien al Derecho. Pero aquí hacemos un alto porque el Derecho en sentido estricto, aun teniendo el color que la moral presta al significado valorativo es la búsqueda y realización, por, sobre todo, de una sola especie de valor espiritual: la justicia, con vertientes muy extensas que alcanzan a aquellas apreciaciones de mérito que exige la convivencia en general, para integrarlo. Se trata de la justicia objetiva, colocada frente a la justicia subjetiva ubicada en el terreno de la moral, y que es un estado de conciencia que debiera dirigirse a la realización de la justicia objetiva, la de todos como entidad colectiva.

Se precisa sostener que el Derecho como disciplina científica no tiene una larga tradición. Ante esto es posible aceptar que fue el jurista alemán Federico de Savigny quien despertó en el siglo XIX la curiosidad científica acerca del Derecho, al analizar en su vasta obra: Sistema de Derecho Romano Actual, las instituciones romanas y situar la experiencia jurídica como tema de estudio del Derecho: el conocimiento jurídico sólo puede fundarse en la experiencia, es entonces en la vida humana donde se realiza la experiencia jurídica. El hecho humano es la motivación de la norma de Derecho, es el objeto del estudio del jurista; y para alcanzar el conocimiento de este objeto que es la conducta del hombre con implicaciones jurídicas, no puede apelarse principalmente a la historia en términos absolutos, ni a la Sociología y tampoco a la Psicología. Aunque ellas tengan parte en la noción de lo jurídico, sólo la aprehensión empírica de la realidad de los actos y hechos que producen el Derecho puede aproximarnos a una idea científica de lo jurídico.

Latinoamérica experimenta un proceso de transformación de nuestros ordenamientos jurídicos, como consecuencia de la instauración de un nuevo modelo de organización jurídico político denominado “neoconstitucionalismo”, cuyo correlato en la teoría jurídica ha llevado al debate sobre el cambio del paradigma positivista (legalista) al postpositivista (constitucionalista).

En el marco de este proceso de transformación de los ordenamientos jurídicos, cuyo grado de avance difiere de país en país, se están dando interesantes discusiones jurídicas sobre la

justicia indígena. Si bien este proceso de transformación de los ordenamientos jurídicos no es lineal y está muy lejos de estar consolidado en la región, se puede colegir que parte de las discusiones y afirmaciones sobre la justicia indígena y sus prácticas no toman en cuenta los rasgos que definen el modelo de Estado constitucional. De lo contrario, no se afirmarían que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse siempre en cada contexto cultural o que, en caso de ponderación entre los derechos de las comunidades indígenas y los derechos fundamentales, los primeros tienen un peso mayor. Por ello, el propósito de este artículo es plantear algunas reflexiones sobre el derecho de las comunidades indígenas a conservar y vivir de acuerdo con sus propias normas y prácticas, en el marco del Estado constitucional de derecho, con énfasis en el estudio obligado del derecho alternativo o pluralismo jurídico que nos permita visualizar la realidad latinoamericana y en particular la de Ecuador, toda vez que el proceso constituyente del año 2007, incorporó en la neo constitución de Montecristi a la justicia indígena como parte del proceso transformador del Estado legislativo al Estado constitucional.

Guastini afirma que la constitucionalización del ordenamiento jurídico es un proceso de transformación, al final del cual el ordenamiento está “impregnado” por las normas constitucionales. Este autor italiano propone siete condiciones que se deben cumplir para que tales ordenamientos puedan considerarse constitucionalizados. Como la constitucionalización es una cuestión de grado (no de todo o nada), un ordenamiento estará más constitucionalizado en la medida en que vaya cumpliendo esas condiciones. Tales condiciones son las siguientes: 1) Que el ordenamiento jurídico cuente con una Constitución rígida, 2) Que haya un control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, 3) Que la Constitución tenga fuerza vinculante, 4) Que la Constitución se sobre interprete, 5) Que las normas constitucionales tengan aplicación directa, 6) Que se lleve a cabo una interpretación conforme de las leyes y 7) Que la Constitución influya en las relaciones políticas. En su opinión, solo las dos primeras son condiciones necesarias, mientras que cada una de las otras son más bien una condición suficiente de un grado distinto de constitucionalización. Guastini, R.(2003)

Según Aguiló las constituciones tienen dos dimensiones: la dimensión constitutiva y la dimensión valorativa. La primera dimensión se refiere a todas aquellas realidades institucionales creadas por las constituciones (como los parlamentos, tribunales constitucionales, etc.), pues la acción política y jurídica del Estado (órganos y procedimientos) no es natural sino institucional.

El mencionado autor plantea que, además de esa dimensión, las constituciones del constitucionalismo tienen una dimensión valorativa pues también reconocen estados de cosas como valiosos y, en consecuencia, merecedores de ser protegidos. Dentro de esta segunda

dimensión, Aguiló ubica el reconocimiento de “valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creadas por ellas mismas”. Tales valores y fines, como la libertad o igualdad, afirman el papel regulativo de la Constitución, es decir, de guía de conducta y de imposición de deberes. Para Aguiló, el sentido de “darse una constitución” es el de fundar o refundar la unidad de una comunidad política asegurando “ciertas formas de acción política y ciertos criterios de legitimidad de éstas, es decir, ciertos valores que la acción política tiene que respetar y ciertos fines que la acción política y jurídica tiene que perseguir”. Esos valores y fines se incorporan a la Constitución como principios regulativos de la acción política legítima. Como señala Alexy, la vinculación entre los aspectos formales o procedimentales con los de tipo sustancial permite “tener en cuenta tanto el carácter institucional como el carácter ideal del Derecho”. Alexy, R.(2008)

Finalmente, Aguiló sostiene que en los Estados constitucionales se ha pasado de interpretar los derechos y principios constitucionales “como exigencias que centralmente imponen límites negativos a la acción política y jurídica legítimas a verlos como el contenido propio de la acción política y jurídica legítimas”. Ello crea una especial relación entre los derechos constitucionales y el orden jurídico, pues se entiende que este último será la concreción de las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales, siendo tales derechos fuentes centrales para determinar qué se debe prohibir, ordenar y sancionar. De este modo, en el Estado constitucional se otorga a los derechos fundamentales una fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico. Por ello, además de la consistencia normativa entre las reglas (posibilidad de cumplimiento simultáneo) se exige que las normas sean valorativamente coherentes entre sí, lo que significa que deben presentar “una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos”, una unidad de contenidos. De esta forma, en el Estado constitucional, el derecho no puede ser concebido solo como el conjunto de normas que organiza el uso legítimo de la fuerza, sino como el conjunto de normas que tiene por finalidad garantizar los derechos constitucionales. Aguiló, J.(2001)

Carbonell, al referirse “Sobre los derechos fundamentales”, de Luigi Ferrajoli, sostiene que es el ensayo con el cual se abre la segunda parte de su aporte. Aquí hay una exposición sumaria de todas las ideas que este importante autor ha venido sosteniendo en los últimos años sobre el tema. Así, se subraya el cambio que ha sufrido el Estado de derecho en su versión legislativa al paradigma contemporáneo de Estado constitucional de derecho. De igual forma, condensa la fórmula propuesta por él para determinar cuáles son los derechos fundamentales; es decir, a la pregunta de cuáles son los derechos fundamentales, se puede responder, conforme al profesor italiano, de tres formas: el teórico del derecho responderá conforme a las características asignadas a los derechos fundamentales (la estructura lógica); el positivista responderá acudiendo a los ordenamientos nacionales o internacionales y, finalmente, el

filósofo político responderá con base en criterios normativos. Después de indicar dichas notas sobre los derechos fundamentales, Ferrajoli se encarga de mostrar cómo afectan estas pautas en temas polémicos y de actualidad: el derecho de autodeterminación de los pueblos, las diferencias culturales, relativismo cultural y, por último, la globalización. Carbonell, M.(2007) Si bien la constitución de Weimar aportó a que se superara la idea de un Estado de derecho puramente formal, fue la Segunda Guerra Mundial la que generó un quiebre en ese sentido. La constitución de Alemania occidental de 1949 obedece a la idea de protección de derechos fundamentales. Ello ha facilitado que el tribunal constitucional federal alemán desarrolle, en más de medio siglo transcurrido, una importante jurisprudencia colocando la constitución por encima de leyes y de la actuación de la Administración.

En la línea del desarrollo del Rechtsstaat, teóricos del derecho de distintas partes del mundo, de tendencia neoconstitucionalista (p.e., Zagrebelsky 2008) han resaltado la necesidad de reemplazar el concepto de Estado de derecho por el de Estado Constitucional de Derecho, puesto que pretenden poner énfasis en la constitución y su justicia como norma inspiradora de todo el sistema jurídico, por encima de la posición relevante que le dio el Estado de derecho a la ley. Bazan, C.(2012)

Los autores que hacen parte del pluralismo jurídico, siguiendo los argumentos presentados por Ehrlich, coinciden en poner en tela de juicio el postulado monista que señala que el derecho es aquel producido por el Estado, que hay un único derecho, señalando que junto a éste existen otros centros de producción jurídica que no dependen necesariamente del derecho sancionado oficialmente. Para los autores que se inscriben en el pluralismo jurídico, la afirmación de que el derecho es el derecho estatal no sólo es un postulado analítico erróneo sino, ante todo, una forma de distorsionar la realidad para producir efectos políticos y sociales determinados. Ariza, L. & Bonilla, D. (2007)

En 1989 la OIT revolucionó a la comunidad internacional mediante la adopción del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el Ecuador ha ratificado este tratado siendo considerado como parte de bloque de constitucionalidad. El Convenio número 169 tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio.

Más tarde, La Declaración de las Naciones Unidas del 2007 sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su artículo 5 señala expresamente: “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas [...]”. Ello es complementado por el artículo 34 que expresa: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar

y mantener [...] costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

El objetivo de esta investigación es realizar una valoración jurídica acerca de la justicia indígena como una forma de derecho alternativo dentro del sistema jurídico ecuatoriano, y garantizar con ello la plena vigencia de los derechos fundamentales, en ese orden de cosas, en el uso alternativo del derecho los juristas que defienden este enfoque hablan de la defensa de un ejercicio hermenéutico en la práctica legal a favor de los marginados. El enfoque del Derecho alternativo en sentido estricto ha emprendido la defensa del llamado Pluralismo jurídico, es decir, de los sistemas de derecho que coexisten territorialmente con los sistemas constitucionales modernos, por cuanto son vistos como resultados de procesos que tienen la posibilidad de potenciar la desmitificación de la legalidad fetichizada en la figura del Estado.

MÉTODOS

La investigación está concebida desde el método cualitativo, el mismo que nos permitirá aplicar técnicas e instrumentos necesarios para valorar jurídicamente al Derecho Alternativo y la Justicia Indígena en el marco del pluralismo jurídico, como elemento sustancial del nuevo ordenamiento jurídico de los Estados.

El trabajo investigativo se desarrolló en base a estudios anteriores que dan cuenta de la importancia de abordar sistemáticamente las cuestiones del Derecho, en el marco de lo conceptual y práctico, con relación a situaciones similares experimentadas en otros países de la región latinoamericana, en especial Perú y Bolivia, en lo que atañe a América del Sur.

Los postulados del derecho positivo quedan en entredicho, cuando aparecen nuevas propuestas u opciones para la discusión; de esta manera el Derecho alternativo le allana el camino al Pluralismo jurídico a efectos de irradiar en el concierto jurídico de los Estados, la posibilidad de insertar en sus ordenamientos o sistemas jurídicos nuevas alternativas del uso del derecho, con marcadas pretensiones de favorecer a la democracia participativa, en cuyas entrañas subsiste la defensa de los más desfavorecidos. La Justicia indígena, amparada en el Derecho indígena, sería la pionera de este reconocimiento, bajo el rediseño de las nuevas constituciones que dieron a luz la doctrina del neoconstitucionalismo, que dejó atrás precisamente al clásico y desgastado Estado legalista o legislativo, en donde la “Ley”, ha quedado supeditada a la supremacía de la Constitución, cuya característica es la garantía de los derechos fundamentales.

Así lo señala expresamente la Norma Suprema del Estado ecuatoriano, que “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”; y, “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado

judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

Que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

La inducción y la deducción han sido de gran apoyo en el estudio de este fenómeno, en tanto nos ha permitido aprovechar los contenidos bibliográficos para lograr nuestro objetivo, sin dejar de analizar cada uno de los aportes conferidos por los autores referidos en las citas de textos que avalan la producción y reproducción de este nuevo compendio científico.

Desde el principio, la valoración jurídica se convirtió en herramienta válida para la puesta en marcha de nuestra investigación, pues con ella tuvimos la primera aproximación a los componentes históricos del derecho alternativo y el pluralismo jurídico, que fueron el punto de partida para desentrañar las particularidades de la aplicación de la justicia indígena, como una forma relevante del reconocimiento de los derechos constitucionales en el Ecuador y su consecuente garantía.

Asegura Carlos Pérez Guartambel, que se reconoce la existencia de un derecho u orden jurídico que regula la vida de los pueblos indígenas, que cumple indiscutiblemente con su función básica de garantizar la armonía social entre sus integrantes por una consciente adhesión a tal derecho y no por imposición de una élite, desvirtuando de esta manera por completo aquellos ideas erróneas y hasta despectivas al haber adjetivado al derecho indígena como usos, hábitos o simples manifestaciones aisladas propio de pueblos salvajes, sin autoridad, dios ni ley que les regule. Reconocer un derecho de los pueblos indígenas en las legislaciones nacionales por los gobiernos estatales es un acto de suprema justicia que al menos atenuaría mínimamente la deuda histórica irreparable de los horribles actos de genocidio y etnocidio cometidos por conquistadores, colonizadores y neocolonizadores. Pérez, C.(2015)

RESULTADOS

En el contexto de nuestro estudio, y a efectos de puntualizar algunas particularidades encontradas en el trayecto investigativo, se hace oportuno señalar que Estado de derecho y protección de derechos fundamentales aparecen como dos elementos intrínsecamente unidos, a tal punto que la razón de ser del Estado de derecho sería la protección de los

derechos fundamentales. Así lo explica César Bazán, cuando afirma que, la experiencia de justicia rondera en el norte andino peruano resulta especialmente interesante, en la medida que las rondas campesinas son un actor que protege derechos humanos, aunque claramente también se constituyen como un agente transgresor de los mismos. La experiencia peruana —que guarda similitudes con otros países de la región andina—, específicamente la de impartición de justicia de las comunidades campesinas y nativas y de las rondas campesinas, tiene mucho que aportar a la evolución del concepto de Estado de derecho. En nuestro caso, dos son los elementos que plantean la necesidad de una revisión: en primer lugar, el reconocimiento oficial del pluralismo jurídico, contemplado en el artículo 149 de la constitución y en documentos normativos internacionales, además de la tendencia de la judicatura peruana a favor de la justicia de las rondas campesinas autónomas. Ese reconocimiento determina que el pluralismo jurídico sea parte de la ingeniería normativa del Estado peruano. Y, en segundo lugar —relevante para el caso que estudio—, la perdurabilidad y eficacia de la experiencia de las rondas campesinas, que llevan alrededor de 35 años impartiendo justicia y protegiendo derechos humanos. Se trata de un mecanismo para resolver conflictos que se han institucionalizado en la cosmovisión y práctica campesina peruana y, a pesar de la crisis general de las rondas en el norte peruano, mantiene relativa fortaleza. Bazan, C.(2012)

La constitución boliviana aborda en el capítulo cuarto del título III, Órgano judicial y Tribunal constitucional plurinacional, el tema titulado “La jurisdicción indígena originaria campesina”. En su artículo 190 reconoce expresamente: “I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. Acto seguido profundiza el reconocimiento y la protección a esta jurisdicción en los artículos siguientes. Como se ve, la opción peruana de reconocer constitucionalmente el pluralismo jurídico a favor de la administración de justicia de las comunidades campesinas y nativas y las rondas campesinas es parte de una tendencia, donde se hacen presentes otros países de la Comunidad Andina de Naciones, como Colombia, Ecuador y Bolivia. La cual ha sido advertida años atrás por la literatura especializada. Yrigoyen, R.(2004)

Ahora bien, esta tendencia regional se explica en parte porque se trata de países con una gran diversidad cultural. En sus territorios coexisten diferentes sistemas normativos que están en constante interacción. En ese sentido, respecto de la justicia comunal en Ecuador y Perú puede sostenerse que: (1) El reconocimiento constitucional de la justicia comunal no se da sólo por la ausencia del Estado en zonas rurales sino por la vigencia de sistemas de derecho consuetudinario. (2) La existencia de la jurisdicción especial se justifica, además, por la alta aceptación de parte de los campesinos e indígenas, la rapidez y eficacia de sus procedimientos, sus efectos moralizadores y su gratuidad. Brandt, H. & Franco, R.(2007)

Finalmente, la regulación respecto del pluralismo jurídico ha avanzado en los países andinos sin que ello se refleje claramente en la redefinición de postulados básicos de la teoría política. En ese sentido, se pone de manifiesto la necesidad de contrastar conceptos como el de Estado de derecho a la luz de esta tendencia, para contar con una teoría adecuada a la definición normativa del Estado.

En su libro Justicia Indígena, Carlos Pérez Guartambel, anota que a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, encontramos procesos políticos emergentes con un liderazgo indígena indiscutible en toda América Latina, particularmente en Ecuador, Bolivia, México, Guatemala, entre otros con una cada vez más creciente propagación planetaria, pueblos indígenas que encuentran sintonía en otros sectores de la sociedad con quienes empiezan a hacer alianzas lo que ayudan a consolidar sus propuestas de cambio, alternativas al modelo capitalista decadente. Este accionar ideológico político es alimentado y retroalimentado a la vez por los derechos sociales y colectivos como pueblos indígenas sojuzgados históricamente y han logrado su reconocimiento como pueblos originarios en las cartas políticas de los Estados nacionales, así como la ratificación de convenios internacionales, tal el caso del convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, faltando regular en las legislaciones nacionales. Pérez, C.(2015)

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 1 contempla que, “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada; destacando además en el artículo 10, que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

De esta manera, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, incorpora en su texto constitucional a la justicia indígena, como parte del reconocimiento del derecho alternativo al derecho indígena; es así como el artículo 171, determina que, “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

DISCUSIÓN

Los hallazgos más significativos que se identifican en los resultados de nuestra investigación tienen como punto de partida la reflexión de que, Estado de derecho y protección de derechos fundamentales aparecen como dos elementos intrínsecamente unidos. Ahora bien, esta relación es necesaria abordarla, en tanto el objetivo del presente trabajo ha sido el de realizar una valoración jurídica del Derecho Alternativo y la Justicia Indígena en el sistema jurídico ecuatoriano; y para ello, nos resulta más que imperioso el referirnos al pluralismo jurídico, como la cara contrapuesta a la existencia del [monismo jurídico], como única forma de derecho en el marco del Estado legalista [positivista], que quedó atrás después de la Segunda Guerra Mundial. Este pluralismo jurídico, que nace cobijado con el movimiento Derecho Alternativo, de inicios de los 90, origina en el estadio jurídico de los Estados sendas discusiones respecto de la necesidad y obligatoriedad de incorporar en el texto constitucional un capítulo referido a la justicia indígena, avalando con ello la coexistencia de otros y nuevos sistemas jurídicos, que propendan precisamente a la garantía y protección de derechos fundamentales, entendiéndose estas acciones como una forma de reivindicar aquellos derechos de quienes históricamente se han encontrado en desventaja, los segmentos poblaciones más débiles.

Pérez Guartambel, nuevamente hace énfasis en que, al interior de la corriente del pluralismo jurídico ha habido mucha discusión sobre la definición de derecho y los requisitos que debe cumplir para considerar a un sistema de normas como derecho. Esta discusión, tiene raíces en el viejo colonialismo hispano, ha sido ampliada posteriormente por varias escuelas y corrientes como la antropología social inglesa, la etnología francesa, la sociología jurídica alemana, las escuelas norteamericanas, y más recientemente por varias corrientes en Latinoamérica. La pregunta básica es ¿cuándo se puede calificar de jurídica a una norma? Desde la tradición jurídica positivista se hace una clara distinción entre las normas. Hans Kelsen, en su obra “Teoría Pura del Derecho” distingue tres tipos de normas o sistemas normativos: 1. Normas garantizadas por una coacción social o difusa, a las que llama normas morales. 2. Normas cuya sanción está en el más allá, en ultratumba, a las que llama normas religiosas.

3. Normas jurídicas, cuya sanción es actual y presente garantizadas por un cuerpo especializado en velar por su cumplimiento o sancionar su trasgresión.

Concluye con un argumento que ya lo citamos en otro párrafo anterior: Se reconoce la existencia de un derecho u orden jurídico que regula la vida de los pueblos indígenas, que cumple indiscutiblemente con su función básica de garantizar la armonía social entre sus integrantes por una consciente adhesión a tal derecho y no por imposición de una élite, desvirtuando de esta manera por completo aquellos ideas erróneas y hasta despectivas al haber adjetivado al derecho indígena como usos, hábitos o simples manifestaciones aisladas

propio de pueblos salvajes, sin autoridad, dios ni ley que les regule. Reconocer un derecho de los pueblos indígenas en las legislaciones nacionales por los gobiernos estatales es un acto de suprema justicia que al menos atenuaría mínimamente la deuda histórica irreparable de los horribles actos de genocidio y etnocidio cometidos por conquistadores, colonizadores y neocolonizadores. Pérez, C.(2015)

Lo que acabamos de anotar es de actualidad, es decir los hechos que han motivado varias investigaciones en torno al pluralismo jurídico, la justicia indígena y el Estado constitucional de derecho, ameritan el debate permanente de aquellos temas que circundan el quehacer del derecho y las reformas necesarias en el sistema jurídico de los Estados, lo que nos permitirá estar vigentes con las decisiones que se toman en el concierto internacional y que afectan notoriamente al derecho interno, en particular aquellas relacionadas con los derechos humanos fundamentales.

CONCLUSIONES

Tal como esta investigación lo ha demostrado se reconoce la existencia de un derecho u orden jurídico que regula la vida de los pueblos indígenas, que cumple indiscutiblemente con su función básica de garantizar la armonía social entre sus integrantes.

Es claro que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, incorpora en su texto constitucional a la justicia indígena, como parte del reconocimiento del derecho indígena como una forma de derecho alternativo. Se puede observar que Estado de derecho y protección de derechos fundamentales aparecen como dos elementos intrínsecamente unidos.

Los postulados del derecho positivo quedan en entredicho, cuando aparecen nuevas propuestas u opciones para la discusión; de esta manera el Derecho alternativo le allana el camino al Pluralismo jurídico a efectos de irradiar en el concierto jurídico de los Estados, la posibilidad de insertar en sus ordenamientos o sistemas jurídicos nuevas alternativas del uso del derecho, con marcadas pretensiones de favorecer a la democracia participativa, en cuyas entrañas subsiste la defensa de los más desfavorecidos.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2001). *Sobre la constitución del estado constitucional*. Alicante: DOXA.
- Alexy, R. (2008). *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*. En: Rodolfo VIGO (coord.). *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: Fontamara.
- Ariza, L., & Bonilla, D. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Bazan, C. (2012). *Estado plural de derecho. Bases para una redefinición del concepto Estado de derecho a la luz de la pluralidad jurídica*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

- Berraondo, M. (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. . Duesto: Instituto de Derechos Humanos.
- Brandt, H.-J., & Franco, R. (2007). *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria: estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*. . Lima: IDL.
- Carbonell, M. (2007). *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: Miguel CARBONELL (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Chenaut, V., & Sierra, M. (1995). *Pueblos indígenas ante el Derecho*. México: Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.
- Correas, O. (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México, D.F.: Fontamara.
- Grijalva, A. (2008). El Estado plurinacional e intercultural en la constitución ecuatoriana del 2008. *FLACSO ANDES*, 62.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Madrid: Trotta.
- Pérez, C. (2015). *JUSTICIA INDÍGENA*. . Ecuador: ECUARUNARI.
- Ramírez, J. (1976). *Diccionario jurídico. tabla alfabética de palabras, locuciones, conceptos, principios, adagios y aforismos usuales en la filosofía y ciencia del derecho en la legislación*. Buenos Aires: Claridad.
- Villanueva., R. (2014). Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas. *Revista de Derecho Público.*, 28.
- Yrigoyen, R. (2004). *El Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. Bogotá: ILSA.