

3 EL DERECHO INDÍGENA O DERECHO CONSUECUDINARIO

3.1 DE DONDE NACE LA DENOMINACIÓN DE DERECHO CONSUECUDINARIO

La discusión sobre la existencia del Estado Nación y una realidad ecuatoriana diversa cultural y étnica, en la actualidad ha ido más allá de replantearse la idea de la igualdad ante la ley de los ciudadanos; basadas en aspectos estrictamente puntuales y a veces hasta folclóricos; ha avanzado de tal manera que los Pueblos indígenas hoy son entendidos como entes históricos poseedores de todo un aparato social, político, jurídico particularizado y distinto. Esta problemática expresa también la existencia de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas distintos que convive con el sistema jurídico formal-estatal.

En este sentido se han intensificado los esfuerzos por describir de alguna manera, los sistemas normativos de autoridades y procedimentales - es decir Derecho - que poseen estos pueblos y que difieren del Derecho positivo y de las formas normativas de autoridad y de procedimiento del Estado.

El Derecho positivo en nuestro país ha sido a lo largo de los años de constitución del Estado nacional la única expresión válida, incuestionable y suprema, y los valores sociales que en él se protegen, como las únicas aceptables e incluso lógicas.

En nuestro país la supremacía del Estado sustentado en una nación homogénea, como “*la*” forma de organización social, ha sido la base de este Derecho, es por ello que sus instituciones son las únicas encargadas de crear, aplicar y modificar su Derecho positivo, sin embargo históricamente en nuestro continente, antes de la presencia colonial y del Estado nación, se generaron formas diversas de organización social y política, estructuradas con una visión particular del mundo y la sociedad, con normas, valores, y esquemas conceptuales distintos. Estas concepciones, instituciones y prácticas jurídicas existen y están vigentes en la actualidad.

Existe entonces una estrecha vinculación entre cultura y Derecho ya estos dos aspectos van determinándose mutuamente en un proceso histórico y social.

“ Los antropólogos han explorado también la relación entre derecho y cultura, viendo al primero como constitutivo de las prácticas culturales y definido, a su vez, por la cultura....En consecuencia analizar el sistema legal de una sociedad brinda una manera de comprender sus sistemas de valores y órdenes normativos fundamentales. El derecho define identidades tales como las de ciudadano y criminal, y establece reglas de ordenamiento social....Lo que es y hace el derecho es el resultado de los complejos procesos sociales...”¹

¹ Barfield, Thomas “ Diccionario de Antropología”– pag . 152.

En este sentido afirmar que sociedades distintas poseen cada una su concepción del Derecho es de elemental lógica; en nuestro caso, por ejemplo para la sociedad mestiza por su gran influencia y herencia europea, el Derecho debe ser escrito, basado en leyes emanadas de órganos competentes, además de cumplir con formalidades previstas en las mismas leyes; y sus normas e instituciones actúan fundamentalmente en defensa de los individuos. Para las sociedades indígenas por su parte el Derecho no es escrito sino oral y sus normas e instituciones se rigen por la costumbre sustentado en lo colectivo como visión primigenia, aunque incorporando al individuo en el marco de la comunidad.

La existencia de una diversidad de expresiones de Derecho también se refleja en el ámbito mundial, ya que como resultado de esta pluralidad jurídica se establecen como principales sistemas jurídicos vigentes los que ha continuación presentamos en el siguiente cuadro:

SISTEMAS JURÍDICOS A ESCALA MUNDIAL²

Derecho Positivo o Derecho Civil	De herencia jurídica romana
Common Law	Que da a la jurisprudencia predominante importancia como expresión de Derecho.
Derecho Consuetudinario	No como supletorio del Derecho Positivo sino como otro sistema en donde la costumbre ordena los aspectos más diversos de la convivencia social sea por arraigamiento histórico, por experiencias construidas de cotidianidad concreta o a las tradiciones espirituales o filosóficas.
Derecho Musulmán / Derecho Talmúdico.	Como sistemas autónomos de Derecho religioso.
Derecho Mixto	Se le a dado esta designación cuando varios sistemas se aplican de manera yuxtapuesta, simultanea o acumulativamente.

El Derecho positivo es uno de los más generalizados al nivel mundial, sin embargo a pesar de su inevitable influencia, con respecto de los demás sistemas, existen países en donde el Derecho consuetudinario, es una expresión distinta al Derecho positivo. El caso de Andorra o la isla de Jersey en Europa, también y en mayor numero hay estados en donde se ha logrado que los dos sistemas convivan como es el caso de Senegal o las Guineas.

² Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa –Canada- Pag Web.

En nuestro país el Derecho consuetudinario ha tomado relevancia debido a las reivindicaciones de los pueblos indígenas que exigieron el reconocimiento de sus propios sistemas de justicia y porque la Constitución del 98 incorpora al Derecho consuetudinario, como Derecho indígena. A partir de estos hechos se han desarrollado varios conceptos y definiciones vinculados al debate sobre la administración de justicia indígena y al Derecho Indígena.

- “El Derecho consuetudinario es el Derecho que los pueblos van creando por las soluciones que dan a los “ problemas” y a los conflictos que se les presentan, la creación está a cargo de las mismas autoridades que resuelven los problemas; son Derecho las resoluciones y los argumentos en que ellas se fundamentan las unas y otras pueden ser recogidas en documentos escritos.....”³

- “El Derecho consuetudinario es el Derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso. Esta práctica tradicional debe ir en armonía con la moral y las buenas costumbres, encaminada a la convicción de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley está amparada por el Derecho consuetudinario. Sin embargo, la costumbre, a más de suplir los vacíos legales, puede llegar a derogar una ley siempre que ésta sea inconveniente o perjudicial”⁴.

- “El Derecho consuetudinario es un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etc.) y es propio de sociedades sin Estado, o que simplemente operan sin referencia del Estado.”⁵

De lo anterior podemos, realizar un ejercicio de definición y decir que ***El Derecho Consuetudinario Indígena es el sistema jurídico basado fundamentalmente en la costumbre, que es el resultado de la convivencia bajo esquemas culturales, espirituales y filosóficos propios de las sociedades dinámicas, preexistentes a la instauración de los actuales Estado y actuales; eficaz en la medida de que regula todos los aspectos de la convivencia, fortalece su noción propia del orden y organización.***

A pesar de que hemos avanzado en la definición en cuanto al Derecho consuetudinario vinculando al Derecho que practican los pueblos Indígenas, no hemos explicado aún, por qué se ha realizado esta abstracción entre el Derecho Consuetudinario en general y el Derecho indígena?

³ Universidad Andina Simón Bolívar, “Justicia Indígena en el Ecuador”, 2001. Pág. 13

⁴ Tomado de la Pag. Web: Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador. www.codenpe.gov.ec

⁵ Gregor, Cletus “ Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina” - 2003

Evidenciado que las sociedades indígenas, cuentan con un sistema de autoridades, normas y procedimientos que rigen y ordenan su convivencia en todo los ámbitos de su vida que permiten el mantenimiento del orden en estas - aunque la noción de orden tal vez no sea similar a otras sociedades- y que tradicionalmente han estado en vigencia y han tenido validez y han logrado eficacia sin ser escritas, ni estar codificadas como lo está el derecho positivo estatal.

Y que los pueblos indígenas son entidades históricas diferenciadas aún entre sí, aunque comparten en común la situación de exclusión impuesta centenariamente por la colonia y el Estado Republicano y, su lucha por sus derechos colectivos y autonomía.

Es decir que las sociedades indígenas, kichwa, shuar, achuar, tsachila, etc; poseen normas y procedimientos que los rigen y son estas sociedades que tienen la facultad para crear, reformar y enriquecer sus sistemas normativos ajustándose a sus visiones, momentos y circunstancias, al igual que otras sociedades no indígenas. Esta realidad se recoge y reconoce a lo largo de en la Constitución Política Ecuatoriana, y de manera específica en su artículo 84 numeral séptimo, al igual que en el artículo 191 inciso cuarto.

Art. 84. “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos los siguientes derechos colectivos: Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad;..”

*Art. 191 “ Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o **derecho consuetudinario**, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con el sistema judicial nacional.”*

La definición de Derecho Consuetudinario que le dieron los Constituyentes de 1998, hace referencia a que uno de sus elementos principales es el manejo de usos y costumbres. Sin embargo de esto al momento de definir los sistemas normativos de las sociedades indígenas han imperado concepciones teóricas estatistas tradicionalistas, que al no lograr encuadrar adecuadamente esos sistemas diferentes a sus parámetros, concepción y filosofía, optaron por denominarlo Derecho Consuetudinario otorgándole cierta categoría, pero sin que sea comparable o equiparable al sistema jurídico estatal y su Derecho positivo, basándose en la idea que la costumbre para éste sistema es fuente de Derecho y no Derecho por sí misma, a pesar de que los representantes de los pueblos indígenas sustentaron el reconocimiento como Derecho indígena.

Queda entonces en cuestión, si la teoría monista del Derecho es viable, cuando estamos reconociendo dentro de los Estados, sociedades diversas pre-existentes al Estado, con la agravante de que estas entidades diferenciadas emplazan la idea del estado nacional, que se fundamentaba en la idea de un pueblo con iguales características culturales ideológicas y de organización jurídico política.

No debe entenderse al Derecho Consuetudinario y al Derecho indígena como un Derecho de menor jerarquía que el Derecho positivo proveniente del “Supremo Estado”, se lo debe entender como un sistema diferente, tanto en su forma como en su concepción epistemológica – porque lo van creando los pueblos como solución o sus requerimientos de relacionamiento social, desde sus lógicas y a su manera -.

Por otra parte, debemos subrayar que el Derecho consuetudinario no deja de serlo por escribirlo, ya que al momento de su aplicación reflejará siempre su diferencia frente a los demás sistemas, particularmente al Derecho Estatal que ciertamente ha influenciado en sus formas al Derecho Indígena por su coexistencia espacial, pero sin embargo no logró desvirtuar su base ideológica, tanto es así que aún después de 500 años están vigentes.

3.1.1 CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE DERECHO CONSUETUDINARIO

El término Derecho consuetudinario⁶ no es aceptado unánimemente, para referirse al Derecho Indígena, diversos investigadores que estudian estos aspectos en los pueblos indígenas, prefieren no comprometer sus bases conceptuales llamando al Derecho Indígena, “costumbre jurídica o legal”; otros, lo diferencian del Derecho Estatal denominándolo “sistema jurídico alternativo”; también existen posiciones de carácter ideológico que prefieren no denominarlo Derecho consuetudinario, debido a que éste, es concebido por el Derecho positivo como inferior, reproduciendo de esta manera relaciones asimétricas coloniales y también por una posición de defensa del patrimonio jurídico de los Pueblos Indígenas.

Con certeza podemos afirmar que el Derecho Consuetudinario tiene una vigencia anterior al Estado Nacional, sin embargo la teoría jurídica la concibe

⁶ Vinculando al Derecho consuetudinario como propio de los indígenas.

como menos evolucionada con relación al Derecho moderno, ya que se afirma que del perfeccionamiento y transformación del Derecho Consuetudinario ha resultado el Derecho Positivo de dominio Estatal.

Es por eso que en una de las obras de elemental revisión por quienes están vinculadas con las ciencias jurídicas se afirma que el Derecho Consuetudinario, es “el que nace de la costumbre⁷; y no es escrito”.⁸ Entonces, muchas veces el uso de esta denominación sirve para diferenciar al Derecho Positivo Estatal de las diversas formas de Derecho que están vigentes y conviven con el Derecho formal positivo. Esta es una concepción tradicionalista y conservadora de entre las teorías jurídicas.

Lo importante sin embargo, no es si el Derecho Indígena es consuetudinario o no, pues sería absurdo negar que esta básicamente constituida por la costumbre; sino más bien en si se ha logrado con este conjunto de normas basadas en la costumbre la vigencia de un sistema diferente al sistema jurídico Estatal.

Los términos Derecho Consuetudinario y Derecho indígena no deben ser entendidos como sinónimos ya que el primero denota la característica fundamental de un tipo de Derecho, y la segunda le da a ese Derecho una identidad con un grupo social y cultural o estructura socio-política, es decir las dos denominaciones se complementan. A mi juicio la manera más correcta de denominar a las expresiones jurídicas de los Pueblos Indígenas que efectivamente están sustentadas en la costumbre sería Derecho Indígena Consuetudinario.

Sin embargo esta definición no corresponde únicamente a unan cuestión semántica ya al decir Derecho consuetudinario Indígena, estamos hablando de una realidad dinámica que va más allá que la práctica de viejas usanzas fijas y estáticas sino de una forma de Derecho en construcción permanente y de costumbres que si bien se han originado en tradiciones, también reflejan las dinámicas contemporáneas propia de una cultura viva, así lo explica Tony Simpson en su Obra “ Patrimonio Indígena y Autodeterminación” al manifestar que:

“El término “derechos consuetudinarios”, en contraposición a “derechos tradicionales”..... a primera vista, esta distinción puede parecer predominantemente semántica, pero las sutiles diferencias de significados de estos términos implica mensajes muy diferentes relativos al patrimonio cultural indígenas. El Término “Consuetudinario”, por ejemplo implica que el patrimonio indígena tiene su origen en el conocimiento, prácticas y creencias tradicionales que han sido transmitidas y reinterpretadas por sucesivas generaciones. Aunque las costumbres están en armonía con las tradiciones que las han originado, también abarcan y reflejan las prácticas y creencias indígenas contemporáneas.....”

Por otra parte, el Derecho Consuetudinario no es patrimonio únicamente de los pueblos indígenas, es por eso precisamente que existe el Sistema de Derecho Consuetudinario Inglés que se basa en la costumbre que nace de los

⁷ Concepto “ Habito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que pueden llegar a adquirir fuerza de precepto.” – “ Diccionario de la Real Real Academia Española” 21 edición.

⁸ Cabanellas de Torres Guillermo, “ Diccionario Jurídico Elemental”.

dictámenes jurisprudenciales o Sistema de Derecho Consuetudinario de Andorra que es uno de los menos influenciados por el Derecho Positivo. La costumbre, como pilar del Derecho Consuetudinario sea este indígena o no, debe ser entendida no solo en calidad de supletoria del Derecho Positivo, sino como una forma distinta de Derecho. Como ya hemos afirmado desgraciadamente se concibe a la **Costumbre**, como **la practica social institucionalizada pero de menor jerarquía que la ley**⁹, en nuestro medio la costumbre, es solo útil al momento de cubrir ciertas falencias legales del sistema Estatal -ente “moderno” que cuenta con instituciones especializadas en el manejo y producción del Derecho-, falencias, vacíos y espacios por las cuales las manifestaciones sociales se filtran en “bruto” y adquieren algún grado de validez, a pesar de que no pueden contravenir al imperio de la ley escrita.

Otro aspecto destacable del Derecho Consuetudinario e Indígena es que son entendidos muchas veces como alternativas pero nunca con igual valoración; Sin embargo la alternabilidad es mal entendida, porque si para la sociedad occidental, que concibe al Derecho Estatal Positivo, como su único patrimonio jurídico, es aceptable que otras expresiones jurídicas no propias puedan ser vista como alternativas; no sucede lo mismo con las sociedades indígenas, que al ser distintas, son poseedoras de una forma de Derecho distinta; para estas sociedades sus propias expresiones de Derecho no pueden ser alternativas, lo alternativo es la expresión de otras sociedades como es el caso del Derecho Positivo por ejemplo. Esta reflexión parte del principio de que son iguales todas las distintas formas de Derecho, sea este Positivo; Consuetudinario; Indígena o Estatal. Sin embargo, la concepción medieval que afirma al Derecho Positivo como un reflejo de la moral¹⁰, de la racionalidad humana y, la ley escrita como el único medio válido para guiar la vida social, persisten sin mayores alteraciones.

Frente a esta idea de universalidad del Derecho Positivo hay que resaltar que existen sociedades y Estados, donde el Derecho Consuetudinario, es la forma oficial estatal de Derecho como por ejemplo los sistemas de herencia anglosajona, donde la costumbre sustentada en la jurisprudencia tiene el mismo valor que la ley escrita iniciativa de órgano especializado y es eficaz. Así mismo, existen otros sistemas jurídicos en donde las tradiciones vinculadas a cuestiones religiosas, son parte de sistemas jurídicos, como el caso musulmán.

3.1.2 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

La ciencia jurídica acepta como una de las fuentes del Derecho Positivo, a la **Costumbre**; como lo hemos dicho en reiteradas oportunidades, Derecho Positivo que es exclusivo del Estado, como forma de organización política “superior”.

⁹ Irigoyen Raque, “Pautas de Coordinación Entre el Derecho Indígena y Derecho Estatal.”

¹⁰ Lorca Navarrete José- “Historia de la Filosofía del Derecho” Pag. 28

Pero que se entiende como **Fuentes de Derecho**?. Al igual que el término Derecho, ha dado lugar a una diversidad de acepciones, generando desde hace tiempo intensos debates provocados primordialmente por la relación Derecho–Poder Político, por ejemplo en la Edad Media, la lucha entre sí la ley o la costumbre como fuentes de Derecho, no fue más que la disputa de poder entre el Rey y su corte vs. Los Señores Feudales; ya que el determinar como fuente a una u otra implica casi siempre confrontación de diferentes grupos sociales para afianzar el poder político y monopolizarlo.

Sin embargo de los aspectos sociopolíticos inmersos en la discusión sobre cuales son y que jerarquías corresponden a distintas **Fuentes del Derecho**, al hablar de ellas, nos estamos refiriendo simplemente al **cómo y de donde nacen las normas**, o en términos técnicos a los “...modos de producción normativa...”. Es decir, los mecanismos que una sociedad crea para de manera directa o indirecta generar cánones que disciplinen la conducta dentro de un conglomerado social, sobre la base de una idea determinada de orden.

Es importante subrayar que pensadores como Savigny, Del Vecchio, Geny, entre otros han desarrollado teorías que han generado corrientes importantes dentro de la filosofía del Derecho y específicamente con relación a las fuentes del Derecho; sin embargo una de las cuestiones que sobre la cual podemos generalizar es que en el origen de normas jurídicas, existe siempre implícita una fuerza social o grupos de presión que pretenden hacer presentes sus intereses frente a una sociedad.

Pero a pesar de esto, la importancia que tienen las fuentes del Derecho para el estudio que estamos realizando radica en que a través de ellas es posible hacer una distinción entre las distintas formas de Derecho, ya que de la revisión de las distintas corrientes se consolidan las ideas de la pluralidad jurídica y existencia de distintas formas de Derecho (Positivo, Canónico, Consuetudinario, Common Law, Derecho Musulmán, Indígena Consuetudinario, Chino, etcétera); Como dice Luis Martínez Roldán en su obra “Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica”, al manifestar que es precisamente en la fuente en donde se determina las particularidades de las distintas formas de Derecho.

“...debemos de ser conscientes de la imposibilidad de elaborar una teoría general sobre las fuentes con la pretensión de validez en todos los ordenamientos jurídicos, pues, es precisamente en el tema de las fuentes donde se advierten las mayores diferencias entre los distintos sistemas jurídicos.”¹¹

En este sentido, la corriente de mayor difusión es la dogmática que alimenta al Derecho Positivista, que admite como fuente de Derecho primordialmente a la Ley; y la corriente denominada realista que acepta una participación más directa de la sociedad en la producción del Derecho, admitiendo como fuente de Derecho a la costumbre.

¹¹ Martínez Roldán, Luis “Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica” Pag.160.

De la corriente realista a demás se han generado varias posiciones que nos muestran que inclusive en las sociedades occidentales no existe homogeneidad con respecto al tema jurídico.

La postura dualista por ejemplo admite que a más del Estado, la sociedad directamente puede generar y recrear el Derecho a través de la costumbre; la postura Pluralista, por su parte, teniendo una visión más amplia, defiende a la costumbre y además manifiesta que pueden existir otras formas de generación del Derecho, en las que la sociedad civil participa de manera más directa.

Entonces, la misma Teoría General del Derecho, nos permite sustentar a través de las posturas antes mencionadas sobre la realidad del Derecho Consuetudinario e incluso sobre el Derecho Indígena Consuetudinario, ya que si la corriente dogmática afirma que la principal Fuente del Derecho es la Ley, positivisándolo; la postura Pluralista que no restringe el ámbito del Derecho a ese único elemento, nos permite que manifestar que al ser el Derecho Indígena, una forma distinta de Derecho esta puede admitir otras fuentes que no sean la Ley o el Estado.

*Esto nos permite además hacer un primer ejercicio en la elaboración del esquema de lo que serían las **Fuentes del Derecho Indígena Consuetudinario.***

Fuentes Primarias

a.- Cosmogónica: Las que se desprenden de principios filosóficos. La paridad, la solidaridad, la reciprocidad, el consenso, y los principio éticos del Ama Shua, Ama Llulla, Ama Killa.

b.- Histórica: Las que aparecieron y fueron tomadas de las prácticas jurídicas de las diversas épocas históricas.

c.- La Participación Comunitaria: Las Normas que nacen de discusión y el consenso de la comunidad y sus instancias de gobierno.

Fuentes Secundarias

a.- Jurisprudencia: Las que nacen de las resoluciones colectivas, que son utilizadas en casos análogos.

b - Autoridades: Las normas de inspiración de autoridad aceptadas por la colectividad por ser coherentes con su cosmovisión.

*c.- **Otros Derechos:** Las que nacen de la convivencia con el derecho positivo y cubren algunas brechas que quedan en cuestiones procedimentales*

También podemos complementar lo anterior, estableciendo que en el caso del Derecho Indígena consuetudinario, las características fundamentales de sus normas, son:

1. Ser emanada no exclusivamente de autoridad competente, sino más bien de la práctica reiterada de una comunidad de manera conciente y como expresión de su cosmovisión.
2. Esencialmente no es escrita, pero se puede escribir en la medida que sea necesario para su fijación o información para otras comunidades.
3. Sirven para mantener el orden social de la comunidad que emana estas normas, legitimadas por esta misma sociedad.

3.1.3 CLASES Y EFECTOS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

Hemos dicho que el Derecho Consuetudinario es aquel que sus normas son la expresión, de la aceptación generalizada de una comunidad o sociedad de una conducta culturalmente admitida como positiva, obligatoria y aplicable.

En este sentido el Derecho Consuetudinario, dependiendo de la sociedad a la que corresponde, podría adquirir ciertos matices, así por ejemplo, el sistema jurídico anglosajón, que ya lo hemos mencionado anteriormente, si bien esta construido sobre la base de normas consuetudinarias, estas nacen de las interpretaciones que hacen las autoridades judiciales a determinadas situaciones sometidas a su conocimiento y que se pueden aplicar en casos análogos -es decir la jurisprudencia- de manera que incluso se lo ha denominado Derecho Jurisprudencial; en cambio que el Derecho Consuetudinario Indígena, siendo también basado en la costumbre responde a las normas que han sido el resultado de las formas de relacionamiento social, político y cultural; además de los procesos históricos de cada sociedad indígena, sea esta Kichua, Shuar o Wao.

Sin lugar a duda la costumbre en el Derecho Consuetudinario debe lograr que sea asumida como norma obligatoria no como una posibilidad, para que esta

pueda ser entendida como norma jurídica, pues cumplida la costumbre debe dar como resultado orden social, equidad y justicia, es decir la norma jurídica resultado de la transacción o acuerdo siempre representa un progreso frente a la norma jurídica imposición, decisión o Ley.

3.2 LA ACEPTACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO O DERECHO INDÍGENA COMO DIFERENTE AL DERECHO POSITIVO

Largas resultarían la discusión si únicamente nos dedicamos a justificar que uno u otro tipo de Derecho es mayormente eficaz o moderno; lograremos mejores resultado si de la definición de cada uno de los dos Derechos que estamos analizando, podemos encontrar cuales son los aspectos que los diferencian para lograr una entendimiento que permita una convivencia adecuada de ambas manifestaciones jurídicas.

Si entendemos a la palabra **Derecho** como el conjunto de normas y preceptos que regulan y organizan el comportamiento de los individuos dentro de la sociedad, y al **Derecho positivo** como el conjunto de normas emanada del Poder publico o Estado que se encuentra escrito y codificado; y, que el **Derecho Consuetudinario**¹² es precisamente el conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, grupo étnico) que no están escritas pero que gozan de obligatoriedad y son eficaces para el mantenimiento de orden público. Los aspectos que a primera vista diferenciarían al uno del otro serían:

DERECHO CONSUECUDINARIO	DERECHO POSITIVO
1.- No escrito, ni codificado, eminentemente oral. 2.- Nace como una conducta social generalizada y conscientemente aceptada como obligatoria. 3.- La sociedad a la que norma actúa directamente en la creación y recreación del su sistema jurídico, es decir dentro de la estructura social.	1.- Escrito y codificado 2.- Nace de la voluntad de autoridad política competente en representación de la sociedad. 3.- La sociedad a la que norma no interactúa con los órganos especializados encargados de la creación y recreación de sus normas.

Sin embargo detrás de estas pocas pero importantes diferencias en cuanto a la forma tanto del Derecho positivo cuanto al consuetudinario, existen además cuestiones filosóficas, que sería lo que realmente distinguen a estos sistemas jurídicos, marcando diferencias tanto en la forma como en el pensamiento, diferencias que además se redimensionan porque cada pueblo

¹² Derecho Consuetudinario vinculado a la cuestión indígena.

o sociedad posee su propio proceso histórico que marca también el desarrollo y evolución de sus sistemas de Derecho.

El Derecho Consuetudinario Indígena, en el caso de nuestro país ha sido un tema de discusión y reconocimiento en los últimos años, y se ha avanzado a pesar de posiciones cerradas e intolerantes en un primer aspecto.

Y es precisamente que la normativa vigente en las comunidades de los diferentes pueblos indígenas que conviven en el Ecuador, son básicamente costumbres, que por su carácter de consensuado y de obligatorio cumplimiento logra la finalidad de justicia, bien común y orden social y con esto el mantenimiento de la estructura de estas sociedades, alcanzado el rango de jurídicas.

Consecuentemente entonces sobre la base de esta afirmación podemos manifestar que al hablar de Derecho Indígena indiscutiblemente estamos hablando de un Derecho de tipo consuetudinario, sin embargo si hay que aclarar cuál es la particularidad de esa costumbre en el caso concreto de los Pueblos Indígenas.

La costumbre vista desde los pueblos indígenas, son eventos reiterativos que para ser válidas no requieren precisamente tener origen prehispánico y haber pervivido a lo largo de los años de conquista, colonización y república manteniéndose culturalmente intactas, sino que más bien se refieren a acontecimientos o usanzas que sean asumido por largo tiempo como obligatorias de manera conciente porque con ello se organiza su vida en sociedad. Aunque muchos han cuestionado el origen cultural de la costumbre como elemento esencial del Sistema jurídico Indígena, la exigencia de purismos culturales y cuestiones intactas es ilógico, pues hay que partir de que las culturas no son estáticas sino que se evolucionan y que lo primordial es que las diferentes culturas logren mantener antes que sus formas su pensamiento ya que las primeras pueden ir cambiando y acomodándose a su realidad temporal y espacial.

Lamentablemente muchas de los análisis realizados se han centrado en negar que las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas sean culturalmente definidas, pero por qué no se cuestiona esto a sociedades europeas que también posee sistemas jurídicos basados en normas consuetudinarias?

Si nos despojamos un poco de la dogmática, la teoría jurídica que obviamente es positivista, por que fue desarrollado privativamente por una sola visión cultural - la occidental- lograríamos despojarnos de prejuicios de supremacía que muchas veces abortan toda clase de opción distinta.

Asumiendo que la practica de los Pueblos Indígenas es primordialmente Derecho consuetudinario, lo que deberíamos analizar es como a través de esto se ha generado todo un sistema jurídico diferente al estatal.

Ya que aun cuando muchas veces esta interrogante se la ha planteado desde la necesidad de consolidar instancias y espacios de poder político, por parte de quienes están en representación del Estado, los pueblos indígenas no han contestado a estas interrogantes a pesar de ser de su especial interés.

Entonces porqué no, basándose en un ejercicio comparativo ir diferenciando a los sistemas de los que estamos hablando?

Si al hablar de sistema jurídico, estamos refiriéndonos a un conjunto de normas o reglas y principios lógicamente enlazadas entre sí, que contribuyen a la finalidad de orden de una organización societal; solo podremos justificar adecuadamente la existencia de un sistema jurídico indígena si logramos explicar aspectos como la existencia de:

- Autoridades
- Normas
- Procedimientos
- Formas de Sanción
- Principios que la rigen
- Valores que poseen

Y además de que otros elementos de análisis que podrían ir resultando de las diferentes nociones de lo que es autoridad, pena o sanción, delito, si esto nos permite visualizar mejor las diferencias entre los sistemas estatal e indígena.

- **Autoridades**

Para el sistema jurídico estatal autoridad es la persona investida de poder y mando que actúa en representación de Estado, que en el aspecto judicial es el encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para el sistema jurídico indígena la autoridad no actúa únicamente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que su poder radica en la capacidad que tiene de incidir el comportamiento del conglomerado social al que representa no solo al momento del juzgamiento sino como guía permanente, además que por este mismo motivo su poder no es personal y absoluto es más bien una responsabilidad que es compartida con quienes le reconocieron como autoridad. Su nominación no responde a acuerdos de sectores de poder, sino al reconocimiento de cualidades, y de manera colectiva como una forma de legitimación.

- **Normas**

En cuanto a las normas el sistema jurídico estatal existe un órganos especializados para al creación de normas, iniciativas que nacen de la espontaneidad de quienes acceden a estas instancia y que deben cumplir con un sinnúmero de formalidades para ser valida, en cambio que la normativa del sistema jurídico indígena nace no estrictamente de entidad específicamente encargada de hacerlo sino que más bien nace de las necesidades de una colectividad y que responde a una forma de

pensamiento, a una historia y a una cultura, y que sin contar con las mismas formalidades que el sistema jurídico estatal, es válida en la medida que es aceptada como obligatoria en la medida que asume su participación en su formulación y desea preservar su forma de organización social.

- **Procedimientos y Formas de Sanción.**

Si bien los procedimientos, tanto como las sanciones utilizados actualmente en el sistema jurídico indígena tiene cierta influencia del sistema jurídico estatal lo que logra marcar la diferencia entre estos dos sistemas es la visión colectiva que se maneja en los comunidades indígenas; ya que la cuestión jurídica no se la concibe aisladamente sino como parte de toda la estructura social, por ejemplo el juzgamiento a quien a transgredido una norma, no la realizan únicamente las autoridades, interviene en esto toda la comunidad ya que son ellos quienes vigilan el adecuado proceder de la autoridad y a la vez son co-responsables tanto de las sanciones como de su cumplimiento, en la medida que el individuo es parte de su sociedad y esta debe asumir responsabilidades con respecto al individuo como el individuo con respecto a su grupo social.

La reintegración a la sociedad es uno de los aspectos que el sistema jurídico estatal no se preocupa mayormente, ya que llega únicamente hasta la sanción, sin embargo para la sociedad indígena es importante que la sanción no sea únicamente castigo, sino la forma de reintegrarse a la sociedad solucionando adecuadamente sus problemas y cubriendo sus responsabilidades, es por eso que no se establecen penas que se deben cumplir a largo plazo, sino más bien cuestiones inmediatas que permitan una rápida y efectiva reintegración del individuo a su comunidad, bajo su vigilancia y respaldo.

- En cuanto a los principios podemos señalar por ejemplo, que mientras para el sistema estatal, uno de gran importancia es por ejemplo el respeto a la dignidad de hombre, que tienen inmersa una visión individual, para el sistema indígena, sus principios tienen connotación de grupo, como por ejemplo la reciprocidad o **Maquipurana**, solidaridad o **Yanaparina**, equidad o **Paktachina**, e inclusive refleja no solo una visión que involucra a un grupo humano sino que además su vínculo con el medio natural y cósmico como es el caso de principios como el de la seguridad o **Wakaychina**, armonía, o **sumak kausay** que es respeto al hombre y al universo.

- Los valores de una sociedad, se traducen también en valores jurídicos, en el caso de la filosofía de occidente se han establecido a la justicia, solidaridad, cooperación, la paz, el poder, la seguridad y el orden como las cualidades, sin embargo estos tienen una visión vertical¹³, es decir priman valores como el orden y el poder a los otros señalados, mientras para las sociedades indígenas, valores como armonía, el perdón, la verdad, la reconciliación, la justicia, la restitución, el orden, la paz, tiene relación

¹³ Programa de Formación de Líderes de la Comunidad Andina –“ Guía Pedagógica Módulo de Derechos Indígenas” – Pag. 103.

horizontal, es decir ningunos e subordina y todos gozan de la misma importancia.

De esta comparación somera de los Sistema Jurídico Positivo y el Indígena podremos concluir diciendo que, en las comunidades indígenas sea venido administrando justicia, basándose en su normativa originada muchas veces, en las sociedades precolombinas, las que se han ido transformando por cuestiones espaciales, temporales, como también por el natural relacionamiento con otras culturas.

Un ejemplo es la gran influencia de la época colonial en las sociedades indígenas han dado como resultado que muchas comunidades indígenas reconozcan la figura del Cabildo como una autoridad propia, sin embargo esta figura como ya hemos dicho anteriormente, debe cumplir al momento de ser selecciona con requisitos que a diferencia de lo regularmente ocurre en el sistema estatal, con cuestiones únicamente académicas o influencias políticas, sino de valores como honorabilidad representatividad cultural y responsabilidad; y la diferencia radica en que su autoridad es reconocida y su responsabilidad compartida y vigilada permanente por todo el grupo social de manera que la autoridad y la norma jurídica no son cuestiones aisladas autónomas sino que viven inmersas dentro de toda la estructura de la sociedad a la que pertenecen.

La visión colectiva que se mantienen en los Pueblos Indígenas permiten u obligan que los procesos o procedimientos de juzgamiento en sus diferentes momentos sean también de carácter colectivo e inmediato, la sociedad sumida en cualquier “problema” alteración, reacciona de manera que se garantiza una correcta solución que a su vez avale eficacia jurídica.

Entonces la diferencia entre el Derecho Indígena Consuetudinario y El Derecho Positivo Estatal, más que en la forma radica en la concepción filosófica en la que se construye – lo individual y lo colectivo, de lo legal y lo justo, de la validez de lo escrito y la vigencia de lo oral antes que lo escrito.

3.3 LO INDIVIDUAL Y LO COLECTIVO EN EL DERECHO INDÍGENA Y SU SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Antes de entrar al análisis de uno de los elementos más importantes y diferenciadores de lo que sería el Derecho Indígena y consecuentemente el sistema de administración de justicia indígena, lo describiremos de manera que nos permita entender de mejor manera la influencia de estos conceptos.

El sistema de administración de justicia indígena, cuenta con un conjunto de normas consuetudinarias que consisten en conceptos, creencias, y usos no codificados que sirven a una comunidad para definir cuales son dentro de esta, acciones perjudiciales o “ criminales”; parámetros generales de juzgamiento; así como los criterios de selección de autoridades; sin olvidar los mecanismos de veedurías sociales a dichas autoridades en el ejercicio del poder, además

de las resoluciones y/o sanciones ya aplicadas como referencia para casos análogos.

De esta descripción podemos confirmar que el elemento comunitario es la base del derecho indígena comparable a lo que representa el individuo o lo individual para el Derecho Estatal, si embargo hay que tomar en cuenta que recientemente se ha introducido el **Sujeto Colectivo** en el sistema jurídico sin mayor desarrollo todavía. La doctrina habla del ser individual, como elemento principal y único de toda relación jurídica, el individuo es sujeto de derechos y obligaciones irrenunciables, es el un ser esencial y sobre el se construye la sociedad.

Sin embargo ese mismo sujeto individual, en la realidad de los pueblos indígenas esta incluido y es parte de una colectividad y es su responsabilidad precautelar a ese sujeto colectivo, porque si este es afectado, el individuo estará incompleto, porque su yo, esta marcado por la existencia de ese colectivo, y aunque ese yo podría sobrevivir separadamente, esto sería desconocer su origen. Podría de alguna manera ser comparable con lo que sucede con un apátrida, no responde a nada en particular, sin embargo podrá acogerse a lo inmediato y conveniente, no posee referente histórico.

El ser colectivo sin embargo en el caso de los pueblos indígenas no responde como podría pensarse a la mera suma de individualidades, el ser colectivo esta vinculado por relaciones históricas, por una visión del mundo, por códigos culturales y formas de expresión particulares. Es decir subjetividades y cuestiones visiblemente diferenciadores como idioma, códigos sociales y de comportamiento, inclusive formas de vestir que no son gratuitas o por moda; estas, no se asocian únicamente al momento de reclamar un derecho, viven permanentemente articulados constituyendo el sujeto colectivo.

Eso precisamente es lo que se evidencia en el ejercicio de la administración de justicia, las transgresiones por ejemplo, son entendidas como tales cuando el comportamiento de un individuo altera o pone en peligro la permanencia de la comunidad- Pueblo - o sujeto colectivo; y, en el tratamiento a la trasgresión es, ese sujeto colectivo quien vigila que la situación individual de uno de sus integrantes quede resuelta de manera que su situación sea un referente para la permanencia de la comunidad.

No sucede lo mismo con el individuo dentro del sistema estatal, en donde se parte de que el sujeto es libre, desligado completamente de su entorno por que creemos que su racionalidad marcará su comportamiento independientemente del resto de individuos. Por ejemplo si un individuo comete un delito, en el sistema jurídico estatal, es juzgado y sancionado individualmente y bajo la única responsabilidad del Estado, y no hay participación pro-activa a de la sociedad, como ente común-colectivo.

Pero lo que hace la diferencia entre el sujeto colectivo denominado Comunidad Indígena es ese sentimiento de ligazón cultural, étnica, como particular condición que portan los individuos socializados como indígenas - individuos con auto identificación y sentido de pertenencia a entidades históricas

contemporáneas, es decir; Pueblos y Nacionalidades Indígenas, que cuentan con elementos de las culturas pre-coloniales, que son pueblos contemporáneos resultado de su continuidad histórica y que mantiene rasgos culturales diferenciadores, a pesar del enorme impacto negativo de las políticas estatales que han atentado contra su vigencia. Observamos en los últimos años, que la presencia e influencia de estas culturas, no solo se limitan al ámbito rural al que fueron sometidos desde la colonia, sino que se destaca una gran presencia urbana, trastocando no solo el ordenamiento jurídico sino también territorial, administrativo y político