

LA APLICACIÓN E INCIDENCIA DEL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ECUATORIANO.

Junther Shaffik Juez Cabezas, Mgs.

Magíster en Derecho Constitucional (Ecuador).

*Labora en la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT, con el cargo de jefe de asuntos judiciales, Guayaquil, Ecuador.
shafficko@hotmail.com*

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

Recibido: 31 de agosto de 2017.

Aceptado: 7 de noviembre de 2017.

RESUMEN

El estado ecuatoriano entre una de las innovaciones que presenta su ordenamiento jurídico en las dos últimas décadas presenta el surgimiento y existencia del pluralismo jurídico. Esta representación jurídica en Ecuador se ve caracterizada por dos aspectos concretos: el primero tiene que ver con la existencia de la justicia indígena como un sistema paralelo al de la administración de justicia ordinaria. Esto se debe a que el Estado respeta los factores de multiculturalidad y plurinacionalidad existentes en el Ecuador, esto además de la tradición milenaria de los pueblos indígenas. Como segundo aspecto, se señala que el pluralismo jurídico se ve caracterizado porque en el Ecuador su Constitución reconoce el derecho a todos sus ciudadanos a disponer de la iniciativa popular normativa, la que da lugar a distintas percepciones y corrientes jurídicas para la elaboración de las distintas normas de Derecho. Por lo tanto, se estima que aquello contribuye con el fortalecimiento y el enriquecimiento de la cultura jurídica en el país, para de tal manera ejercer una mejor tutela en la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos ecuatorianos.

Palabras clave: derechos fundamentales, inclusión social, justicia indígena, pluralismo.

ABSTRACT

The Ecuadorian State among one of the innovations presented by its legal system in the last two decades presents the emergence and existence of

legal pluralism. This legal representation in Ecuador is characterized by two specific aspects: the first has to do with the existence of indigenous justice as a system parallel to that of ordinary justice administration. This is because the State respects the factors of multiculturalism and plurinationality existing in Ecuador, in addition to the millennial tradition of indigenous peoples. As a second aspect, it is pointed out that legal pluralism is characterized by the fact that in Ecuador its Constitution recognizes the right of all its citizens to dispose of popular normative initiative, which gives rise to different perceptions and legal currents for the elaboration of the different Rules of law. Therefore, it is estimated that this contributes to the strengthening and enrichment of the legal culture in the country, in order to exercise a better protection in the satisfaction of the fundamental rights of Ecuadorian citizens.

Keywords: fundamental rights, social inclusión, indigenous justice, legal pluralism.

INTRODUCCIÓN

El pluralismo jurídico es una de las representaciones de mayor importancia dentro del orden constituido de un ordenamiento jurídico. Su existencia en el sistema jurídico de un Estado es de vital importancia, puesto que se trata de la confluencia de distintos elementos culturales, o dicho de otro modo de la presencia del elemento de la interculturalidad o pluriculturalidad que aportan diversidad de criterios, lo cual consolidan la determinación y la defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en una sociedad.

La existencia de esta ficción jurídica no surgió de forma súbita o espontánea, sino que es producto de la lucha histórica de los pueblos principalmente europeos para hacer frente a los estados absolutistas los que creaban o generaban el derecho a su antojo protegiendo los intereses de sus representantes y obviando las necesidades reales e imperiosas de sus pueblos. Esta situación generaba la institucionalidad del estado monista, el que controlaba el derecho según su capricho o voluntad, lo que no era apropiado para el bienestar integral de sus ciudadanos. También provocó la resistencia o revolución de sus pueblos, provocando que sus Estados cambiaran su visión legislativa y parlamentaria, para dar paso al surgimiento del pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico es en esencia la coexistencia o la pluralidad de distintos sistemas jurídicos en un mismo ordenamiento jurídico. Del

mismo modo, puede ser la representación de diversas ideologías sociales independientes a la del Estado para que se creen normas jurídicas. Prueba de ello es que en naciones del contexto internacional existe esta pluralidad de sistemas, lo que se ejemplificará en líneas posteriores del presente artículo.

En Ecuador el pluralismo jurídico se ve representado por la existencia del sistema de justicia indígena y de la iniciativa popular normativa, la que se le concede a los ciudadanos ecuatorianos en ejercicio de su soberanía, y como respeto de la democracia para que puedan participar de la creación de las normas jurídicas que promuevan la defensa de sus derechos fundamentales. El pluralismo jurídico existe en el Ecuador a raíz que en las dos últimas décadas se ha cambiado el paradigma constitucional, el cual deja no solo se centra en aspectos de institucionalidad estatal, sino que evidencia una mayor preocupación por los derechos de las personas, sobre todo en lo relacionado con al respeto de la identidad de sus ciudadanos, de sus libertades y dignidad.

Se considera que todo lo manifestado es producto de la renovación del marco institucional del Estado ecuatoriano, el que busca consolidarse como un ente que cambie su perspectiva hasta hace años atrás positivista y alineada con el monismo jurídico, para dar paso a la transformación de un Estado intercultural y pluralista que reconozca a sus pueblos, tradiciones y necesidades. De tal forma, se enriquece el sistema jurídico ecuatoriano a fin de que pueda disponer de argumentos y de medios mejor estructurados para la defensa de los derechos fundamentales.

Esto se lleva a cabo desde el cumplimiento de premisas antes no reconocidas y que hoy son parte del orden vital del constitucionalismo moderno ecuatoriano, las cuales son las de la vida digna y el buen vivir, los que buscan una mejor aplicación y satisfacción de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos, lo que será tratado en el desarrollo del presente artículo científico.

REVISIÓN TEÓRICA

Orígenes y conceptualización del pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico es uno de los rasgos que mayor importancia le debe ser atribuida en todo sistema u ordenamiento jurídico de un Estado. La importancia en cuestión se debe a que el derecho cada vez se torna más

garantista e incluyente en cuanto a la tutela de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos. Por lo tanto, se puede afirmar con absoluta certeza que en los tiempos actuales el Estado no es el único con la capacidad o facultad para crear normas jurídicas. Tal facultad en otro contexto y considerando otros personajes; en este caso a la sociedad, se convierte en un derecho plenamente reconocido y exigible de parte de la ciudadanía, para que aquella proponga la creación de normas jurídicas que contribuyan a mejorar sus relaciones y estilo de vida.

El pluralismo jurídico surge como la necesidad de imponer un alto a los Estados totalitarios que hacían uso de todos sus poderes sin reconocer en la ciudadanía una fuente importante de criterios, concepciones y propuestas que contribuyan en el fortalecimiento de las normas jurídicas del propio Estado, y por sobre todo en lo concerniente con el diseño de un marco jurídico reforzado en materias de derechos y garantías que beneficien a los ciudadanos. Es así, que finalizando la época medieval a fines del siglo XV y hasta fines del siglo XVIII se irían transformando los Estados absolutistas de Europa, en la que por todo el Occidente se concientizaría a nivel Estatal que tales entes no podían ser los únicos que dispusieran la creación del derecho y de un sistema de normas. Desde que la edad contemporánea vio la luz en el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX posterior a la Revolución Francesa.

En síntesis, los sistemas de gobierno en previos a la Revolución Francesa se caracterizarían por su absolutismo y por desempeñarse por medio de la teoría o paradigma monista, en la que la única forma de crear y ejercer el derecho era por medio de la representatividad del Estado por medio de sus poderes o funciones, las cuales se preocupaban más por la gobernanza de sus ciudadanos que de velar por el cumplimiento de sus derechos. Por tales motivos, en las distintas sociedades y en particular en Francia existirían manifestaciones populares, las cuales se encargarían de ejercer presión social y política para que se incluyera al colectivo ciudadano como parte de la creación de las leyes o las normas jurídicas que rijan para la propia sociedad.

Con la mención de estos antecedentes, los cuales resaltan que no sólo al Estado le corresponde la creación de las normas jurídicas, se exponen algunos conceptos o criterios de lo que representa el pluralismo jurídico. Ehrlich (1992) advierte que el derecho no es de forma exclusiva un producto que su creación emana del Estado. Las normas jurídicas y el derecho como tal emanan de la sociedad, puesto que de las relaciones sociales surgen las diversas interacciones que demandan de una regulación que sólo se puede

llevar a cabo a través del derecho. En resumidas cuentas, la norma jurídica se ve condicionada por lo que exija la sociedad (pp. 102-107).

De acuerdo con Gonzáles (1996) se puede afirmar que el pluralismo jurídico está asociado o más bien deviene de la pluralidad cultural de un Estado, la que nutre a sus instituciones y a la sociedad en su conjunto (p. 81). Por otra parte, Carpio (2015) expone que el pluralismo jurídico nace de la búsqueda de un Derecho, el que de modo coherente responda a las exigencias que impone la realidad social, sobre todo considerando de forma muy especial que el Estado ecuatoriano está compuesto por una amplísima diversidad de culturas y comunidades que deben ser reconocidas (p. 213). En breves líneas, se destaca que el pluralismo jurídico es la coexistencia de varias corrientes del derecho, el que surge de los distintos sectores o grupos sociales de un Estado, los que buscan que las normas que instituyen al derecho satisfagan los derechos o necesidades fundamentales de dichos grupos.

Como se ha venido enfatizando, el pluralismo jurídico es la corriente del derecho que supera a la tradición monista del derecho, la que proclama según Hobbes (2003) que el derecho es creado únicamente por el Estado, siendo el único ente que se haya en facultad para crear las normas jurídicas y que puede juzgar y ejecutar las premisas de la ley en mérito del poder de coacción que éste tiene (pp. 167-175). De tal concepción, está claro el hecho que el pluralismo jurídico es una forma en que se aglutinan diferentes corrientes, normas y sistemas jurídicos, los cuales se ven diseñados con el propósito de resolver distintas necesidades sociales en el sentido en el que mejor puedan intervenir las normas jurídicas.

A lo largo de la exposición teórica del presente artículo, se ha enfatizado en la premisa que el pluralismo jurídico es la etapa evolutiva del derecho concentrado únicamente por el Estado, en un derecho más “socializado” en que la ciudadanía tiene una mayor participación en la creación de las normas jurídicas. Esta proposición se cimenta en la concepción crítica de Malinowski (1926) quien propone que el derecho obedece a una cuestión de orden social, y que el mismo es el que se encarga de establecer las asociaciones humanas (p. 25).

Un claro ejemplo del pluralismo jurídico es la existencia en el Ecuador de la justicia indígena para la resolución de conflictos de naturaleza penal, donde a pesar de existir un régimen de justicia penal ordinaria, para el juzgamiento de cierto tipo de delitos, se ve garantizado constitucionalmente

la aplicación de un procedimiento penal diferenciado, lo que constituye el reconocimiento y el respeto a las tradiciones indígenas. Aquello representa una manifestación clara de pluralismo jurídico, porque dentro de un mismo tipo de derecho, existen dos regímenes de justicia aplicables, en la que un sistema le cede al otro la competencia para el juzgamiento de las infracciones penales, concretamente lo hace la justicia ordinaria a la justicia indígena.

El pluralismo jurídico y sus efectos a nivel universal en el ordenamiento jurídico de los distintos Estados.

Como se ha mencionado con anterioridad, el pluralismo jurídico consiste en la existencia de diversos sistemas jurídicos para establecer normas que regulen las relaciones sociales entre las personas, además de proceder al juzgamiento de ciertas causas de litigios en que se ha contravenido al derecho, por lo que estos sistemas existen de forma simultánea o paralela al régimen del derecho estatal que es el derecho general de un Estado. Por lo tanto, sí existe un sistema paralelo al del derecho general o convencional, el que emana del propio Estado de su función legislativa principalmente, aparte de lo que aportan los otros poderes de aquel, siendo que la sociedad o un grupo específico pueda generar o proponer normas por cuenta propia, da a entender que ineludiblemente existirán efectos en el ordenamiento jurídico del mismo.

El pluralismo jurídico es la evolución o transición del Estado monista al pluralista, es decir, que se genere y aplique el derecho no sólo desde la perspectiva estatal, sino también de la social, en la que exista la inclusión de todos los ciudadanos, considerando grandes grupos de personas conformados en comunidades o hasta incluso en minorías, dado que el pluralismo en lo jurídico es la suma social y democrática de todos los individuos.

Un ejemplo palpable de pluralismo jurídico a nivel internacional se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica, Estado que posee su Constitución, pero las leyes que rigen a dicha nación son diferentes en cada uno de los estados que lo conforman, por lo tanto, las normas jurídicas de cada uno de estos se diferencian entre sí. Al pretender compararse con el derecho ecuatoriano, se aprecia que las normas de este ordenamiento jurídico rigen para todo el Estado o nación que le corresponde, con la salvedad de lo relacionado con la justicia indígena, con lo que de dicha afirmación acabada de mencionar, claramente se distingue lo que implica el

pluralismo jurídico y las diferencias que suponen un Estado con un derecho general y uno con un sistema paralelo para jurisdicciones determinadas.

Lo mencionado es el resultado del reconocimiento del Derecho Consuetudinario, el cual es de gran aplicación en los Estados Unidos, porque de las costumbres de los pueblos se generan conductas uniformes o reiteradas que dan lugar a la formación de la norma jurídica, asunto que no siempre es palpable o perceptible para el conocimiento del legislador. Por otra parte, la existencia del pluralismo jurídico o concretamente de otros sistemas jurídicos en un Estado no quiere decir que el modelo general que proviene de él mismo quede en desuso, sino que los sistemas paralelos se aplican dentro de la jurisdicción que les compete, pero sin contravenir a las normas generales, las que prevalecen por sobre los sistemas paralelos en casos o circunstancias especiales. Estas circunstancias están dadas por derechos de mayor carácter común entre los habitantes de un Estado, o cuando las normas jurídicas deban tutelar o dirimir asuntos de severa complejidad en lo jurídico.

La repercusión real del pluralismo jurídico estriba en que coexistan tanto el orden jurídico general encabezado por la Constitución de un Estado y las normas que se entienden aplicadas del mismo modo, así como las normas que son parte de un sistema paralelo y especial dentro de una jurisdicción determinada, con lo que se extingue el Estado monista y se da paso a la pluralidad del sistema normativo. Acorde con el enfoque de Cabedo (1999), uno de las incidencias de mayor importancia que se le puede atribuir al pluralismo jurídico es la inclusión de minorías en el reconocimiento y aplicación de sus derechos. Justamente, la tutela y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas son parte de uno de los ejemplos o indicadores más palpables de la implementación del pluralismo jurídico, además de incluir a las clases o grupos sociales históricamente más relegados por las sociedades a nivel de la comunidad internacional, así como dentro de cada Estado, porque es un hecho amplísimamente conocido que las poblaciones indígenas han sido uno de los grupos más marginados en cuanto al reconocimiento y satisfacción de sus derechos ancestrales y de índole fundamental.

En tal sentido, como se conoce, las normas jurídicas se pueden crear por acto legislativo, o bien por facultades reglamentarias de ciertas instituciones del Estado, y por los poderes que poseen los distintos representantes del poder ejecutivo. Aunque, la sociedad por sí sola no es que efectiva o formalmente crea el derecho, igualmente dispone del derecho a gozar y hacer cumplir su iniciativa popular para la creación de normas jurídicas, por lo que de sus

propuestas o proyectos se desprende el espíritu de la ley, por lo que se debe considerar que cualquier grupo social crea o contribuye con el derecho. El asunto en cuestión es que para su positivización en el ordenamiento jurídico del Estado, se necesita del cumplimiento de la vía legislativa o parlamentaria para que sus representantes ejecuten los procesos que den lugar a la creación de nuevas normas jurídicas para determinados asuntos.

Como segundo aspecto se señala la diversidad de fuentes, agentes, medios o modos de donde son creadas las normas jurídicas, en la que no sólo el Estado es el que crea derecho, sino que la sociedad participa de tal proceso. Incluso, puede que no haya sistemas paralelos, pero se manifiesta el pluralismo jurídico porque las normas jurídicas del Estado de Derecho no provienen solamente del propio Estado, sino que emanan de distintos sectores sociales. Entonces, tanto en el primer aspecto como en el segundo el pluralismo jurídico existe, por el hecho de la diversidad normativa y de dónde ella proviene.

Se refuerza lo mencionado considerando el criterio de Yrigoyen (2004) quien propone una premisa muy lógica. Según se desprende de su criterio, el pluralismo jurídico implica el derecho al propio derecho. Éste se fundamenta en lo cultural o ideológico, en la que la población está consciente de su idiosincrasia y de las normas que requiere para llevar a cabo sus interacciones y subsistencia. Por otra parte, existe el fundamento político como para controlar la institucionalidad del Estado, y que así se cumplan en el mejor sentido posible los derechos de la ciudadanía (pp. 184-185). Lo acotado sin lugar a dudas reviste un contenido crítico y reflexivo de gran trascendencia, y que permite entender el alcance y la importancia del pluralismo jurídico como parte de la normatividad de un Estado.

La premisa antes señalada de disponer del derecho al propio derecho, implica que trata de la creación del derecho, lo que da lugar a sistemas o a una gama de normas que tratan de tutelar en mejor medida los derechos fundamentales de los ciudadanos en el Estado. El pluralismo jurídico lo comprendemos desde la esfera de sus incidencias y según las reflexiones de Malgesini & Giménez (2000) “como una cuestión ideológica y de organización de los estamentos sociales en las que los distintos grupos humanos dentro de un Estado puedan coexistir de forma armónica” (p. 323). Desde esta apreciación, se ven comprendidos tanto el paralelismo o simultaneidad de dos o más sistemas jurídicos, como también el hecho de la diversidad normativa propuesta desde distintos sectores sociales, puesto que en esencia, lo que se trata es de reconocer y proteger en mejor medida

los derechos fundamentales de los ciudadanos, y mejorar las relaciones jurídicas entre los mismos.

El pluralismo jurídico en el Ecuador y su rol en la evolución en su sistema jurídico.

El pluralismo jurídico en el Ecuador encuentra sus orígenes en la Constitución del año 1998, siendo que ella fue la que reconoció por primera vez la diversidad étnica y cultural, lo que precisamente fue el punto de partida del establecimiento en lo posterior del régimen de la justicia indígena, el que se ve instaurado como un sistema alternativo para juzgar los conflictos existentes dentro de las diversas comunidades de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas. Cabe recalcar que en el estado ecuatoriano el pluralismo jurídico puede ser acreditado desde las dos perspectivas: la primera relacionada con la existencia de otro sistema jurídico que rige las relaciones de los pueblos indígenas. La segunda tiene que ver con lo atinente al derecho de todas las personas de la sociedad ecuatoriana para impulsar propuestas o reformas legislativas para que sean incorporadas como nuevas normas del ordenamiento jurídico del país.

Dentro de tal marco diferenciado de derecho, existen ciertas excepciones, las cuales son establecidas por la Constitución y las demás normas jurídicas en virtud de la jerarquía de las leyes, lo que es procedente a asuntos que se consideren de modo justificable que no están al alcance para ser juzgados por medio del sistema de justicia indígena. Sin embargo, dentro de dicho alcance se puede apreciar como el pluralismo jurídico permite que la población indígena dentro de su jurisdicción pueda aplicar su propio sistema de justicia a pesar de haber otro sistema regente a nivel nacional.

En este sentido, el ordenamiento jurídico ecuatoriano marca una importante evolución, la que se ve caracterizada por el cumplimiento de una de las máximas del derecho universal, esta es la del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos. Por consiguiente, se propone desde la premisa intelectual de MacCormick (1990) “que los valores de la personalidad y de la identidad de cada individuo proviene del contexto social, la que implica distintos tipos de relaciones y necesidades en distintos ámbitos de la vida, por lo que la individualidad como tal afirma la existencia social” (p. 200).

Uno de los elementos claves que han influido para que en el Ecuador se haya dado paso a la gestación, reconocimiento, aplicación y protección del

pluralismo jurídico, especialmente desde la cosmovisión de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es el contenido del convenio 169 de la OIT de 1989, el cual trata acerca de los derechos de los mencionados pueblos y tribus, donde se exhorta a que los Estados (se ve incluido el Estado ecuatoriano por ser miembro de la OIT) faciliten los medios para que ellos desarrollen sus propios derechos y sistemas jurídicos, para que coexistan con las normas generales de sus naciones.

De acuerdo con lo antes precisado, se cumplen con postulados esenciales en los antecedentes para que desde la Constitución de 1998 en el Ecuador se considere al pluralismo jurídico como una forma de evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales y los derechos humanos en el Ecuador. Por consiguiente, las constituciones de los años 1998 y 2008 respectivamente en nuestro país han marcado el desarrollo del garantismo y de la inclusión social, para que el Estado no sea el único creador del derecho, sino que su ciudadanía pueda acceder a ser partícipe de la formación de nuevas normas jurídicas cuando sea necesario. Esto conlleva a que se promueva de mejor manera los derechos y libertades de los ciudadanos en el Ecuador, donde se destacan principalmente la vida digna y el buen vivir o *sumak kawsay*.

La interculturalidad es un factor gravitante y trascendental para el desarrollo del Estado ecuatoriano, por lo que desconocer la diversidad cultural resultaría desconocer la identidad propia de los ecuatorianos, razón fundamental por lo dicha diversidad demanda un reconocimiento especial dentro del derecho, lo cual deriva en la existencia del pluralismo jurídico. Por lo tanto, la interculturalidad según Borrero & Leiva (2011) “impone una relación de cooperación y respeto entre las distintas culturas para que la sociedad se edifique, de forma preferente con el principio de igualdad entre las personas” (p. 127).

Asociado con lo expresado en el párrafo anterior, se expone la idea de Ilaquiche (2006) “el pluralismo jurídico y la aplicación de la administración de justicia indígena en el Ecuador requieren de ciertas condiciones para que se manifiesten” (p. 38). Estas condiciones básicamente son: que el ordenamiento jurídico reconozca el paralelismo de otro sistema jurídico, y, que los espacios culturales no interfieran en lo que corresponda al ordenamiento jurídico nacional o general, esto además que se establezcan las causas en las que el orden jurídico general irremediablemente deba concurrir en casos de la jurisdicción paralela.

La identidad étnica y la costumbre son partes fundamentales del pluralismo jurídico, puesto que en nuestro modo de comprenderlo y referenciarlo son sus componentes esenciales para que exista. Precisamente, para Barztán (1993) “estos componentes configuran el sistema cultural que define a la identidad personal y de la comunidad para el reconocimiento en las distintas esferas sociales” (p. 250). La identidad y las tradiciones o costumbres son elementos que sin lugar a dudas definen la realidad de los pueblos, y no es menos cierto, que la realidad es uno de los elementos definitorios o integradores del derecho. En consecuencia, el pluralismo jurídico se ve compuesto por las premisas que la realidad impone en las sociedades.

Consecuentemente, para cerrar este apartado del artículo, al tratar de comprender con mayores fundamentos al pluralismo jurídico, se resalta, remarca y reafirma, el ya mencionado principio o derecho de la autodeterminación de los pueblos. Este derecho para Obieta (1986) “implica que el mismo pueblo define quiénes dan lugar al derecho, y con qué criterios o mecanismos pueden llegar a hacerlo” (p. 274). Esto obedece al hecho que evidentemente el pueblo puede ser copartícipe de las propuestas legislativas, pero requiere de la representación de los legisladores para que plasmen en normas jurídicas la voluntad popular.

Sean pueblos indígenas que defienden su propio sistema de leyes para juzgar quebrantamientos a su orden social, o sea que se trate de demás grupos de personas en la sociedad que demanden cierto tipos de normas para el bienestar social, de una forma u otra necesitan de la representación legislativa para que haga efectivo sus intereses, y así, el pluralismo jurídico extienda la diversidad normativa que se alinee con el bien común. Entonces, estas premisas que antes eran impensadas e impracticables en el Estado ecuatoriano, ahora son posibles, lo que ha marcado la evolución del derecho.

El garantismo como medio para la tutela efectiva de los derechos fundamentales a través del pluralismo jurídico en el Estado ecuatoriano.

Con anterioridad se ha mencionado que el pluralismo jurídico es una forma de garantismo de los derechos fundamentales en el Ecuador, dado que la diversidad normativa permite una mejor tutela de estos derechos, siempre y cuando las normas se vean encausadas efectivamente en el desarrollo pleno y progresivo de los derechos, esto sin que se vean afectados otros derechos fundamentales y sin alteraciones en el ordenamiento jurídico, especialmente sin contravenir a lo dispuesto por la Constitución de la República.

De parte de Gozaíni (1999) “se conceptualiza a la tutela judicial efectiva como una actividad condicionada y reglada por la ley” (p. 105). Esta premisa de la tutela judicial efectiva tiene mucho que ver con lo relacionado al pluralismo jurídico, puesto al mencionarse la tutela de los derechos fundamentales, estos serán mejor exigibles y defendibles en la medida en que existan más normas que los reconozcan, las que no siempre emanan del Estado exclusivamente. En algunos casos provienen del sentir o de la percepción social, la misma que invoca al Estado para que se dé lugar a la representación ciudadana por medio de los legisladores con el fin de respaldar la satisfacción de los derechos de la ciudadanía.

En tal virtud, se tiene que reconocer en consecuencia que existen procedimientos para que surjan normas jurídicas de las entrañas de la sociedad, las que sean independientes a la de los poderes del Estado, y del mismo modo para la existencia de sistemas jurídicos paralelos o simultáneos, por lo que como se precisó con anterioridad, el propio ordenamiento jurídico debe reglar su diversificación. En correspondencia a tal criterio, amerita afirmar que el pluralismo jurídico no es una generación de normas ipso facto, sino que debe seguir procedimientos previos reglados para no desnaturalizar lo que persigue el derecho, un sistema de orden y no de imposiciones arbitrarias.

Por lo tanto, se debe referenciar adecuadamente lo que son los derechos fundamentales y las garantías o aplicación del garantismo jurídico, por lo que se empieza por los derechos fundamentales. Para la crítica de Ferrajoli (1999), los derechos fundamentales son concebidos como derechos subjetivos de los que son titulares todos los seres humanos, los que por tal condición una vez que gozan de su calidad de personas o ciudadanos, tienen en ellos la capacidad de obrar, en la que existen expectativas positivas que son de prestaciones, y por otra parte, existen expectativas negativas de no sufrir lesiones (p. 37). Siguiendo al mismo autor, es decir, a Ferrajoli (2001), que de conformidad con su pensamiento, nos propone que el garantismo es el resultado de la disyunción entre la validez y la vigencia de las normas jurídicas, a fin de evitar desbalances o resquebrajamientos en que se afecten a los derechos fundamentales de las personas, lo que se deriva de la reflexión ética- política y desde el punto estrictamente normativo (p. 854).

Al tratar de establecer garantías, el pluralismo jurídico acorde con las ideas propuestas en la publicación de Universidad Nacional Autónoma de México (2004) aquel suple la inexistencia de sistemas de tutela y protección que sean indispensables para exhortar a la aplicación de una

norma de rango constitucional (pp. 195-198). Evidentemente, que los sistemas jurídicos tienen lagunas de derecho, el Estado ecuatoriano no es la excepción, por lo que la diversidad normativa de este tipo de pluralismo, al ser aceptado o al ser parte del ordenamiento jurídico, permite que en algún momento se puedan llenar u ocupar dichos vacíos jurídicos con un contenido normativo que sea acorde a la necesidad que demande el caso.

No es extraño que en Ecuador se tenga que recurrir al derecho consuetudinario como parte del pluralismo jurídico para que se resuelvan ciertos problemas legales. Aspectos laborales, mercantiles, civiles, administrativos y de la justicia penal indígena se resuelven por lo que defina la costumbre, sin embargo, su usanza era muy controvertida porque no se disponía hasta hace más de una década (garantías de derechos fundamentales que se vienen incorporando desde la Constitución de 1998) de una máxima normativa que la consolide como parte concreta y efectiva del ordenamiento jurídico. Es así, que esto ha cambiado dado que en la actualidad con la Constitución que data desde el 2008 de corte garantista, el pluralismo jurídico reconoce a los modelos o principios del derecho consuetudinario para resolver varios litigios en distintas materias de derecho en el Estado ecuatoriano.

La concurrencia de distintos postulados normativos devenidos del resultado del pluralismo jurídico, han contribuido tanto en la jurisdicción indígena como en la general u ordinaria para que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se haya enriquecido en materia de garantismo para la defensa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. En el contexto analítico de Aguilera (2007) quien sigue los postulados de Ferrajoli en el análisis de los derechos fundamentales, determina que uno de los problemas que se presentan antes de definirlos, es el hecho de dilucidar cuáles son o cuáles deberían de ser estos derechos (p. 4).

Precisamente, el pluralismo jurídico progresivamente en los últimos años se ha encargado de encasillar o determinar constitucionalmente derechos que son fundamentales, o que en otros casos si per sé no los son, al menos que tengan algún tipo de relación con algún tipo concreto de derechos fundamentales para así defenderlos de mejor modo. Por ejemplo, antes la naturaleza no era considerada como sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y aunque fue una propuesta de acertada exposición de parte de los asambleístas, no se puede negar que las exigencias de distintos grupos sociales que aportaron con sus criterios, han contribuido para que la normativización de la que estamos haciendo referencia sea posible.

Para finalizar este subtema, el garantismo se ve respaldado por el pluralismo jurídico para que se proceda a una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del Estado ecuatoriano. Los avances de las dos últimas constituciones de los años 1998 y 2008 respectivamente lo han hecho posible. Esta afirmación revela que el Estado ecuatoriano ha superado gradualmente el monismo jurídico para evitar ser ese ente aislado que solo disponía y aplicaba únicamente su perspectiva para establecer los derechos fundamentales.

No obstante, el mismo Estado al ser más garantista y acoger la existencia de sistemas de justicia alternativa como la indígena, además de dar mayor paso a la iniciativa normativa de la ciudadanía, ha marcado su evolución en el fortalecimiento de los derechos fundamentales. De lo indicado, se propone la premisa que los derechos fundamentales no sólo deben serlo porque están reconocidos en la Constitución, mal del que se adolecía antes en la sociedad ecuatoriana, sino porque estos derechos en realidad estén en la capacidad y a la altura de responder a las necesidades de la ciudadanía, lo cual ha mejorado desde que el pluralismo jurídico se ha asentado en el país.

La diversidad normativa como aspecto formal y material para la consolidación de los derechos fundamentales en el Ecuador.

Para que el pluralismo jurídico exista dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ha tenido que atravesar por una serie de instancias o procesos para que aquello sea posible. Es así que, el pluralismo jurídico se ve representado por aspectos formales y materiales que dan lugar a su existencia dentro del Estado ecuatoriano, además que por medio del mismo se lleguen a consolidar los derechos fundamentales dentro de nuestro marco jurídico.

De acuerdo con Ferrajoli, Moreso & Atienza (2009) el aspecto formal en la creación o generación de una norma jurídica implica tres tipos de visiones. El primer tipo de visión es la dogmática, es decir, entender y reconocer al derecho como norma. El segundo tipo de visión es la sociológica, en la que se entiende al derecho como hecho. El tercero implica la filosofía política en la que se concibe al derecho como valor (pp. 37-43). Para Reyes (1996) el aspecto material de las normas jurídicas se ven reflejados en la positivización dentro de un texto o cuerpo legal determinado, a lo que se suma la repercusión dentro de un caso concreto en que se aplique (p. 76).

Lo mencionado no se debe confundir con el impacto de la norma en la sociedad por existir en ella, sino que trata sobre el impacto que genera en la situación jurídica de una o más personas de modo específico. Por ejemplo, un asunto es la incidencia de establecer en la norma penal la punición del delito de cyberbullying, lo que formalmente derivaría en que socialmente se reduzca la comisión de ese tipo de delitos, pero materialmente se entiende en la sanción que se le imponga a la persona infractora de acuerdo con la forma en cómo se cometió y del resultado o daño provocado.

El pluralismo jurídico en el Ecuador como fuente o sustento de la diversidad normativa en su ordenamiento jurídico en sentido formal, ha procedido desde la normatividad de las dos últimas constituciones que reconocen el elemento de la pluriculturalidad, el cual ya se ha explicado cómo incide en la formación del derecho. En tal sentido, se mencionará para efectos prácticos lo que dispone la actual Constitución de la República, la cual en su artículo 1 precisa los elementos de la interculturalidad, plurinacionalidad y de la soberanía del pueblo, lo que remite claramente a la diversidad normativa en el país, la que se ve sustentada en el pluralismo jurídico. Otras disposiciones como las de los artículos 10, 61, 65 numeral 4, artículos 102, 134 y 171 reflejan lo que en esencia es el pluralismo jurídico en el Ecuador.

Todos estos preceptos, establecen al pluralismo jurídico, por lo que como se manifestó da lugar a la inclusión para contribuir con la diversidad normativa en el Estado ecuatoriano, además de determinar y reconocer otro sistema alternativo de justicia. De tal forma, que se excluye o se desestima ese modelo de Estado jurídicamente monista, en el cual la diversidad de normas y sistemas fortalecen la defensa de los derechos fundamentales en el país. Uno de los avances o caracterizaciones del pluralismo jurídico en el Ecuador que podría catalogarse como uno de los más significativos, es el relacionado con la existencia del sistema de justicia indígena, el que coexiste de forma paralela con el de la justicia ordinaria, el que no interviene en tal jurisdicción de los pueblos y comunidades indígenas, salvo ciertas excepciones de mayor trascendencia social. En el Ecuador el pluralismo jurídico ha logrado consolidar algunos derechos, y en virtud del pensamiento de Bobbio (1987) la teoría institucionalista del derecho prevalece por sobre la que considera al Estado como único productor del derecho, siendo que la misma sociedad es la que instituye al Estado (p. 11).

En efecto, en el Estado ecuatoriano ha evolucionado en materia de garantismo y de inclusión social, no sólo en el hecho de reconocer derechos, sino de que la sociedad tenga un rol más activo en la determinación del

modelo jurídico que les rige, siendo que los aspectos formales instan a una valoración más exhaustiva de la participación de la ciudadanía y de la repercusión de las normas para ella. Por otra parte, el aspecto material ha logrado cimentar las bases o estructuras de un nuevo Estado de derecho, en el que se aprecia una justicia plural y que se sustenta en el sentido que mejor beneficie a los derechos fundamentales.

A decir de Alexy (2008) “los principios son normas que se cumplan en la mayor medida posible” (pp. 67-68). Por lo tanto, el pluralismo jurídico como parte de la institucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha logrado cimentar grandes avances en materia de derechos fundamentales, lo que implica que el Estado ha desarrollado una mayor empatía para la satisfacción de los mismos. Por consiguiente, el pluralismo jurídico desde las perspectivas interculturales ha tratado de fortalecer el ordenamiento jurídico del Ecuador, para así demostrar que el derecho en este país es cada vez más incluyente, y que posee facetas más humanas que de clase política, lo cual no es perfecto, pero que puede significativamente mejorarse.

CONCLUSIONES

El pluralismo jurídico representa la inclusión o la incorporación de los distintos conceptos o ideales jurídicos que posee la sociedad. Por lo tanto, al darse la posibilidad que la ciudadanía goce de la posibilidad de concederles el derecho a formar su propio derecho, se establece el punto de partida el cual origina al pluralismo jurídico.

Las distintas luchas históricas en diferentes sociedades, específicamente europeas, en las que se propugnaba por terminar con el Estado absolutista, darían como resultado que los distintos Estados consideren que la soberanía de sus pueblos dotaban a sus ciudadanos de derechos y de capacidades para ser involucrados en la gestación de normas jurídicas que satisfagan sus intereses. Lo referido son situaciones palpables, tal es el caso de las leyes estaduales en Estados Unidos y de la justicia indígena en el Ecuador, los que son ejemplos ya explicados y desarrollados con anterioridad.

El pluralismo jurídico forma parte del andamiaje jurídico de los diversos Estados incluido el Ecuador, debido a que el elemento de la interculturalidad ha demandado o exigido un mayor espacio para su reconocimiento. En

tal medida, se menciona que la interculturalidad ha ganado un espacio protagónico en la redacción de textos constitucionales y en la definición de sistemas jurídicos.

El pluralismo jurídico en el Ecuador tiene su punto de origen desde las últimas constituciones republicanas, las del año 1998 y 2008, las que han expuesto la premisa del garantismo y del Estado social de derechos y de justicia, siendo que se reconoce la diversidad cultural y las tradiciones de los pueblos, comunidades y naciones, con un respeto superlativo por sus costumbres ancestrales. A lo mencionado, se suma el hecho de la inclusión democrática que se ve fortalecida desde que la transparencia y control social es un poder del Estado ecuatoriano desde el año 2008.

El pluralismo jurídico en el Ecuador ha logrado establecer dos hitos importantes en el ordenamiento jurídico, lo cual genera que la pluriculturalidad y la diversidad de criterios y capacidades intelectuales contribuyan a reforzar el derecho nacional, lo que persigue una mejor satisfacción de los derechos fundamentales en el país mediante las garantías y tutela judicial efectiva de los derechos antes explicados.

El Estado ecuatoriano ha logrado evolucionar en materia de determinación, reconocimiento, satisfacción y protección de los derechos fundamentales, dado que el mismo dispone de horizontes más amplios para el cumplimiento de tales finalidades, las que en suma de cuentas son elementos integrantes del respeto por las libertades humanas, la vida digna y el buen vivir de sus ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera, R. (2007). Los derechos fundamentales en la filosofía garantista de Luigi Ferrajoli. *Letras jurídicas*, 1-21.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Baztán, A. (1993). *Diccionario temático de antropología*. Barcelona: Editorial Boixareu Universitaria.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Borrero, R., & Leiva, J. (2011). *Interculturalidad y escuela: perspectivas*

pedagógicas en la construcción comunitaria de la escuela intercultural. Barcelona: Octaedro.

Cabedo, J. (1999). El pluralismo jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. Derecho consuetudinario y Jurisdicción Indígena. VII Congreso de Latinoamericanistas Españoles (pp. 1-6). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Carpio, M. (2015). Pluralismo jurídico en el Ecuador: ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal? *USFQ Law Review*, 207-230.

Ehrlich, E. (1992). La sociología del diritto. *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 102-107.

Ferrajoli, L. (1999). Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001). Derecho y razón. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L., Moreso, J., & Aienza, M. (2009). La teoría del Derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

González, G. (1996). Identidad cultural y paradigma constitucional. *Derecho y sociedad*, 80-90.

Gozaíni, O. (1999). Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores.

Hobbes, T. (2003). *Leviatán*. Buenos Aires: Editorial Lozada.

Ilaquiche, R. (2006). Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en el Ecuador. Quito: ISBN.

MacCormick, N. (1990). Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política. Madrid: Tecnos.

Malgesini, G., & Giménez, C. (2000). Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad. Madrid: Catarata.

Malinowski, B. (1926). *Crime and Custom In Savage Society*. Londres: Routledge.

Obieta, J. (1986). El Derecho Humano a la Autodeterminación de los Pueblos. Madrid: Civitas.

Reyes, J. (1996). Eficacia de la ley. Revista de Derecho, 75-84.

Universidad Nacional Autónoma de México. (2004). Enciclopedia Jurídica Mexicana. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. El otro derecho, 171-195.