
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños

Ramiro Ávila Santamaría*

Sumario

I. Introducción. II. Relativismo cultural a nivel individual. III. Relativismo cultural a nivel estructural. IV. Relativización del relativismo cultural. V. Universalidad del espíritu de la Convención de los Derechos de los niños (CDN). VI. La interpretación como forma de conciliar el relativismo cultural y el universalismo. VII. Retos y conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Entre 1979 y 1988, en el grupo de trabajo que discutió el borrador de la Convención de los Derechos de los Niños (en adelante CDN), cuatro fueron los temas que causaron controversia: la definición de niño/a (desde la concepción o desde su nacimiento), la libertad de religión, la adopción y la

* Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE. Máster en Derecho por Columbia University, New York; profesor de Derechos humanos en la PUCE-Q y de Teoría General de los Derechos Humanos en la UASB-Q; subsecretario de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

edad en la que los niños podían participar en conflictos armados¹. Poco se mencionó sobre la posible tensión entre la Convención y los derechos de la niñez indígena. Se asumió que la institucionalización de los derechos de la niñez y adolescencia a nivel internacional resultaría en la mejora de la calidad de vida de todos los niños y niñas alrededor del mundo, y que las disposiciones de la CDN no eran problemáticas. Sin embargo, desde la perspectiva cultural, la aparentemente simple pregunta sobre “qué es un niño y niña y hasta cuándo”, podría tener diferentes respuestas.

II. El relativismo cultural a nivel individual

Pocos académicos han examinado críticamente las implicaciones de la CDN en la diversidad cultural. Uno de ellos, desde la perspectiva de la aplicación de la CDN a nivel particular y destacando la diferencia de valores entre lo establecido en la CDN y la diversidad cultural, Wilfredo Ardito², sostiene que la autonomía individual que pregona la CDN es ajena a la concepción no occidental, que está centrada en la comunidad o grupo. La persona es importante en tanto forma parte de un grupo y no por sí misma. El niño/a no es centro sino una parte que no ha alcanzado su cabal funcionalidad. La niñez representa la posibilidad de supervivencia física y cultural del grupo. La niñez es un período anómalo que debe ser reducido tanto como se pueda por el bien del grupo. La mejor manera de proteger a una niña o niño es haciéndole capaz para sobrevivir. Por otro lado, la idea de la protección de la familia tiende a ser basada en el modelo de la familia nuclear (artículos 7, 9 y 18 CDN) y en contextos urbanos. En cuanto a la consideración de edades, Ardito sostiene que son conceptos occidentales y que en otras sociedades el ciclo de la vida se mide por el crecimiento físico y psicológico de la persona, de acuerdo con la realidad y no con criterios abstractos. En relación

1 Cantwell, Nigel, “The origins, development and significance of the United Nations Convention on the rights of the child”, en S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1992, p. 19.

2 Ardito, Wilfredo, *The Convention on the rights of the child: western rights for non-western children?*, University of Essex, 1994.

con la socialización y la educación, las comunidades indígenas suelen adquirir conocimientos adecuados para la vida mediante la repetición de actividades de los adultos en lugar de aprender en la escuela, que se torna en un agente externo y ajeno a su realidad. La escuela en muchos lugares se ha convertido en un espacio de aculturización. Ardito finalmente afirma que la línea entre trabajo infantil y educación ha sido una creación occidental.

Los relativistas sostienen que los instrumentos internacionales de derechos humanos en general, y la CDN en particular, recogen valores occidentales que son considerados universales, que esta perspectiva irrespeta si es que no destruye la diversidad cultural y que ésta es la actual forma de homogeneizar el mundo moderno³.

III. Relativismo cultural a nivel estructural

Por su lado, Vanessa Pupavac de la Universidad de Nottingham⁴, con una lectura estructural, sostiene que la Convención se basa en políticas sociales de occidente que enfatizan el rol individual en las violaciones a los derechos de la niñez y en la intervención profesional, desenfatiando, a su vez, la influencia de la circunstancias estructurales de carácter social, económico, político y cultural.

El modelo occidental de infancia se basa en la idea de que la niñez debe ser protegida del mundo adulto. En esta lógica, la niñez es un tiempo en el que hay que jugar y prepararse, por medio de la educación, para la vida de adulto a la edad de dieciocho años. Esta visión responde a países que están atravesando un avanzado proceso de industrialización y tecnificación, que les lleva a sacar a la niñez del mercado de trabajo para educarles. Al respecto —sostiene Pupavac— la industrialización y el desarrollo económico, prerrequisitos para la aplicabilidad de la CDN, no es parte de la experiencia de la

3 Steiner, Henry y Alston Philip, "International Human Rights in context", Oxford University Press, 2000, p. 367.

4 Pupavac, Vanessa, "The infantilization of the south and the UN Convention on the rights of the child", University of Nottingham Centre for Human Rights Law, Human Rights Law Review, 1998, p. 3.

mayoría de países del sur. La infancia, de acuerdo con el espíritu de la CDN, es un lujo irrealizable para la mayoría de la población de los países en desarrollo. Los niños y niñas usualmente tienen que asumir roles de adultos a una edad más temprana que en los países desarrollados.

Al asumir un modelo ideal plasmado en la CDN y al existir una realidad diametralmente distinta, gran parte de la población se encuentra en una situación de ilegalidad. Recordemos el ya clásico debate sobre el trabajo infantil entre Cussiánovich y García Méndez⁵. El primero, caracterizado como protector del trabajo infantil, sostiene que al prohibir el trabajo infantil, desconociendo profundas raíces culturales, lo que se está haciendo es patologizando a un grupo social; o, en otras palabras, creando una categoría nueva de situación irregular. La ideología occidental de la infancia como un período de felicidad e inocencia promueve la exclusión de quienes no lo son. Es decir, con la ratificación de la CDN, las sociedades de países en vías de desarrollo son juzgadas como violadoras de los derechos de la niñez por el hecho de no adaptarse a la imagen de infancia tomada por occidente. Luego, a agencias externas se les da la legitimidad y los poderes para intervenir. Al estar en un “estado de necesidad” los países del sur, por no cumplir con los estándares establecidos en la CDN, se convierten en permanentes objetos de intervención externa. Dicho de otro modo, el discurso de los derechos de los niños “infantiliza” a los países del sur: o sea, los países del sur al igual que los niños/as están en un estado de protección y dependencia.

IV. Relativización del relativismo cultural

A pesar de todas las críticas, y quizá por tanta crítica, los relativistas también han sido duramente atacados⁶. Se ha dicho que están comprometidos con el *statu quo*, que son conservadores en su actitud frente al cambio y, por ende, que han promovido la permanencia de pueblos subdesarrollados. Más aún, se alerta que la pureza cultural es más un mito que una realidad, dada la influencia de los medios de comunicación, el turismo, la economía de

5 Ver Radda Barnen, “Trabajo Infantil, ¿Ser o no ser?”, Perú, 1995.

6 Hatch, Elvin, “Culture and morality: the relativity of values in Anthropology”, 1983, p. 8.

mercado, la inversión extranjera, la difusión de prácticas y valores culturales. Además, quienes han defendido políticamente el relativismo cultural, han sido regímenes que ejercían arbitrariamente el poder y que ahora son acusados de violaciones a los derechos humanos⁷. Por su lado, las feministas han sido quienes han tomado la bandera en contra del relativismo cultural. Se afirma que los argumentos del relativismo cultural ocultan relaciones de poder dentro de una cultura que impiden la posibilidad de negociar normas opresivas. Además, sostienen, el relativismo cultural simplifica la complejidad y fluidez de una cultura, la multiplicidad de creencias y formas de vida se produce tanto en las comunidades no-occidentales como en las occidentales. La cultura ha sido selectiva y hasta cínicamente invocada para justificar prácticas opresivas, como por ejemplo la mutilación genital de niñas en algunos países de África y Asia⁸. Es más, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, demanda de los Estados tomar todas las medidas para modificar o abolir costumbres, prácticas y patrones culturales que constituyan discriminación (Art. 2. f. y Art. 5. a.). Lo cierto es que el mundo moderno, globalizado, esta gran mega máquina en la que vivimos, sin derechos humanos se convertiría en la más inhumana situación imaginable⁹.

Para completar el panorama, objetivamente se han detectado formas de irrespeto a la dignidad humana en comunidades indígenas a las que no se puede ser indiferente y que el respeto cultural no es suficiente excusa. Por ejemplo, entre los indígenas del grupo Ashaninka cualquier muerte, objetivamente causada por un accidente o enfermedad, es atribuida a poderes sobrenaturales de un brujo, que tiene que ser encontrado y asesinado. Este brujo normalmente es un niño. Cuando una muerte así sucede, un niño es asesinado. Conocedores de que por hechos así, de acuerdo con la ley pe-

7 Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*, 1989.

8 Higgins, Tracy, "Anti-essentialism, relativism, and Human Rights", 19 *Harvard Women's Law Journal* 89, 1996.

9 Pannikar, "Is the notion of Human Rights a western concept?", 120 *Diogenes* 75, 1982. Pannkar, después de hacer una profunda reflexión sobre el contexto social e histórico en el que se producen los instrumentos internacionales, se pregunta: ¿son los derechos humanos un concepto occidental?, y se responde categóricamente que sí. Sin embargo, también se pregunta si es que se debe renunciar a declararlos y exigirlos, y la respuesta, igual de categórica, es que no.

ruana, podrían ser encarcelados, lo que hacen es dejar de cuidar y alimentar al niño considerado brujo hasta que muera¹⁰.

Sin ir tan lejos ni ser tan obvios, en una comunidad indígena del Cañar, de acuerdo con una investigación del DYA¹¹, el interés es que los niños y las niñas se hagan adultos, crezcan y se eduquen para ayudar a sus padres, trabajen a temprana edad y aporten económicamente en la casa; los niños y niñas no nacen con derechos sino que se los ganan, los niños y las niñas son invisibles en espacios públicos, el maltrato es tolerado y siempre se lo justifica; la principal virtud es que el niño y la niña sean obedientes, los padres son el centro de la preocupación, privilegian a los varones, no hay participación infantil y se impone las decisiones y la disciplina paterna por medio del castigo, la relación adulto-niño/a está en función de las actividades y obligaciones de la casa y de la escuela. En suma, patrones de crianza tradicionales, maltratantes, excluyentes e invisibilizantes de la niñez y adolescencia.

¿Por qué cambiar estos patrones y estos valores o, dicho de otro modo, por qué dejarse influenciar por los principios de los derechos humanos de la niñez y adolescencia?

V. Universalidad del espíritu de los derechos humanos y de la CDN

La cultura no es estática. Pueblos no occidentales quieren cambiar, al menos hasta cierto punto; es obvio que si no existen cambios, existe una relación de desventaja en el intercambio comercial y cultural; todo grupo humano está expuesto a mejorar. Hay que reconocer que los pueblos indígenas están sumidos en la pobreza, en la exclusión y en la opresión. Preservar muchos de los valores que los relativistas pregonan, implica conservar las costumbres que han contribuido a la explotación. En lugar de dejar a los pueblos indígenas que permanezcan donde están, debemos ayudar para que los oprimidos dejen serlo.

10 Arditto, Wilfredo, *op. cit.*, p. 1.

11 DYA, "Estrategia de comunicación para el programa de Derechos de Plan Internacional", 2001.

La propuesta de la CDN es aparentemente simple: reconocer el valor intrínseco como personas a los niños, niñas y adolescentes, como seres en desarrollo que requieren atención prioritaria y cuidado para el ejercicio y goce de sus derechos. Se apuesta a que poniendo en el centro a la niñez y adolescencia se va a cambiar este mundo que está harto desequilibrado.

La ratificación de la CDN por parte de la totalidad de países del mundo, con excepción de Estados Unidos y Etiopía, constituye un hecho sin precedentes en la historia de los instrumentos internacionales de derechos humanos: es la demostración de la aceptación de principios universales. La Convención de Viena de 1993, con el consenso de los países asiáticos, determinó que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes e interrelacionados. Los países asiáticos, que tradicionalmente han sostenido la idea de los derechos humanos como la realización de valores occidentales, tienden a interpretar el contenido de los derechos en lugar de rechazarlos.

VI. La interpretación como forma de conciliar el relativismo cultural y el universalismo

La clave está, pues, en la interpretación. Más de 52 años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, muchos de sus artículos continúan siendo objeto de debate sobre su interpretación y alcance. No se diga sobre la CDN que apenas tiene doce años. El debate está abierto y en derechos humanos jamás se cierra, siempre es posible reconocer una mejor interpretación con relación a la dignidad de los seres humanos niños y niñas. La historia del derecho ha demostrado que no existen principios inmutables y eternos. La CDN fue redactada por seres humanos y el alcance de sus principios pueden evolucionar.

La CDN ofrece campo propicio para la interpretación de su alcance y aplicación. La CDN establece principios que tienen alcance universal y que se adaptan a las situaciones concretas de diversidad cultural. Podemos distinguir dos tipos de normas que pueden tener influencia cultural: unas expresas y otras ambiguas. En cuanto al primer grupo, la CDN hace referencia expresa a la palabra cultura en cuatro momentos: en el preámbulo, que hace un llamado a tener en cuenta la importancia de las tradiciones y valores cul-

turales de cada pueblo; en el Art. 20, que se refiere a los niños/as privadas de su medio familiar, y que exige que se preste atención a su origen étnico, cultural y lingüístico; en el Art. 29, numeral 1, literal c, que impone a los Estados Parte la obligación de inculcar en la educación “el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma”; y en el Art. 30 que obliga al Estado a no negar el derecho de los indígenas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Entre las normas ambiguas, propias de un documento que pretende ser universal y tener la mayor cantidad de ratificaciones, se encuentran el interés superior del niño (Art. 3), el respeto a los deberes y derechos de la familia ampliada o comunidad (Art. 5), el derecho a preservar su identidad (Art. 8); la abolición de prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños (Art. 24); el nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (Art. 27), entre otras¹². Finalmente, y como principio fundamental, un artículo íntimamente vinculado, el Art. 2, que prohíbe la discriminación por razones étnicas.

Estas normas, apenas enunciadas, pueden servir de base para visibilizar a la niñez indígena y su problemática, para evitar el maltrato y otras prácticas culturales que no son vistas como una violación a los derechos, para promover un intercambio de saberes con el objetivo de contar con sociedades menos excluyentes y más participativas.

Tratando de extraer lo positivo de las críticas a la CDN, dos son los aportes del relativismo cultural enfocado en los niños, niñas y adolescentes. Por un lado, la aproximación cultural da alcance y contenido a los principios de la CDN. Por otro, los problemas de la niñez no pueden ser considerados como la simple falta de cuidado de sus responsables sin considerar el amplio espectro político y económico en un contexto global. La realidad habla de que muchos adultos responsables del cuidado de los niños/as y sus socieda-

12 Tienen íntima relación con estas disposiciones, el Art. 16 que protege a la familia de arbitrarias interferencias a la familia; el Art. 21 que considera la posibilidad de la adopción internacional sólo cuando el niño/a no puede ser cuidado en su propio país; el Art. 22 que establece la protección especial para niños/as refugiados; el Art. 28 que establece que la educación debe ser administrada en igualdad de condiciones; y el Art. 40 sobre el derecho a contar con un intérprete en el sistema de justicia juvenil.

des son incapaces de asegurar la alimentación y el vestido, la educación y el no trabajo infantil. Mientras no exista un mejoramiento general en las condiciones socioeconómicas, la demanda de la niñez del tercer mundo además es debida a las fallas estructurales de sus sociedades.

VII. Retos y conclusiones

Estamos en una época en la que se hace imprescindible un genuino y fructífero diálogo entre culturas para expandir y profundizar los consensos. Ni el universalismo debe enmascarar la brecha que existe entre diferentes percepciones sobre los derechos humanos, ni el relativismo puede enmascarar violaciones a los derechos de la niñez y adolescencia. La brecha no será acortada si la diferenciación cultural y la visibilidad de la niñez y adolescencia son negadas¹³.

Con lo dicho, sostengo que la CDN provee de un útil, y suficientemente ambiguo, marco común para el diálogo de culturas. El problema de la aplicación de la CDN radica en su interpretación y no en sus principios *per se*, que merecen ser discutidos, consensuados y aplicados. La CDN ha demostrado ser una herramienta movilizadora para cambios profundos en la forma de ver a la niñez y por ende en el mundo, y ha servido como referencia para reformas normativas y para medir la política gubernamental dirigida a un grupo humano tradicionalmente excluido.

El diálogo de culturas —esto es el enriquecimiento del contenido de los principios desde la perspectiva indígena y el mejoramiento de la calidad de vida de los niños y niñas indígenas— implica crear los espacios para que esto suceda y fomentar la investigación. Aplicando el principio de no discriminación, las políticas públicas deberían tender a garantizar el goce, ejercicio y exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas, si es necesario por medio de acciones afirmativas para compensar la exclusión histórica de los pueblos indígenas en general, y de la niñez indígena en par-

13 Kausikan, Bilhari, "Asia's different standard", 92 Foreign Policy 24, 1993.

ricular. Por ejemplo, privilegiando la inversión social y el acceso preferente a servicios y cargos públicos.

Quisiera terminar parafraseando a un indígena norteamericano —dándole el sentido de que tenemos la obligación de recoger la voz y los valores indígenas en la aplicación de la CDN—, que afirmaba:

El grito de los indígenas no es siempre justo, pero si no se lo escucha, nunca se sabrá lo que es la justicia”¹⁴.

VIII. Bibliografía

- Ardito, Wilfredo, *The Convention on the rights of the child: western rights for non-western children?*, University of Essex, 1994.
- Cantwell, Nigel, “The origins, development and significance of the United Nations Convention on the rights of the child”, en S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1992.
- Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*, 1989.
- Hatch, Elvin, “Culture and morality: the relativity of values in Anthropology”, 1983.
- Higgins, Tracy, “Anti-essentialism, relativism, and Human Rights”, 19 Harvard Women’s Law Journal 89, 1996.
- Howard Zinn, *People History of United States*, 1998.
- Kausikan, Bilhari, “Asia’s different standard”, 92 Foreign Policy 24, 1993.
- Pupavac, Vanessa, “The infantilization of the south and the UN Convention on the rights of the child”, University of Nottingham Centre for Human Rights Law, Human Rights Law Review, 1998.
- Radda, Barnen, “Trabajo Infantil, ¿Ser o no ser?”, Perú, 1995.
- Steiner, Henry y Alston, Philip, “International Human Rights in context”, Oxford University Press, 2000.

¹⁴ Citado por Howard Zinn, *People History of United States*, 1998.