

BARRERAS IDEOLÓGICAS PARA LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS PERITAJES ANTROPOLÓGICOS (IDEOLOGICAL BARRIERS FOR THE JUDICIAL EVALUATION OF ANTHROPOLOGICAL EXPERTS' REPORTS)

LUIS FERNANDO ÁVILA LINZÁN¹

“Se enseña en las cátedras que la verdad escrita en la sentencia no es sino el hecho filtrado a través de la mente del juez. Pero en realidad las cosas son mucho más complicadas: antes de llegara a la mente del juez, tiene que pasar a través de la narración que de él haga cada litigante a su defensor; y después, en la fase instructoria, a través de los olvidos o de las reticencias de los testigos, y más tarde aún, en el debate final, a través de las no imparciales reconstrucciones de los defensores. Y, por último llega al juzgador: no por un solo camino que corra a la luz del sol, sino por las diversas y tortuosas rutas que en gran parte discurren por túneles, ya que tienen que atravesar los oscuros meandros del espíritu humano.”²

Resumen: este estudio busca identificar, más allá de las normas jurídicas positivas y la simple institucionalidad, las barreras ideológicas que afectan la actuación judicial respecto de la valoración de los peritajes antropológicos, lo cual pone en interrelación al derecho con otras disciplinas, particularmente las ciencias políticas y la antropología. El punto central de este ensayo hace referencia a que estas barreras son un obstáculo invisible para el entendimiento de los peritajes antropológicos, lo cual pone en duda la viabilidad de la justicia intercultural y la pluralidad de sistemas jurídicos en América Latina. Al mismo tiempo, se pone en cuestión los problemas de la interrelación entre las disciplinas para poder entender formas más complejas desde el derecho.

Palabras clave: antropología jurídica, justicia indígena, derecho procesal, peritajes antropológicos, ciencia política, pluralismo jurídico, ideología, racionalidad jurídica, formalismo jurídico, prueba jurídica.

Abstract: This paper tries to identify, further than the positive legal norms and simple institutionalism, the ideological barriers which influence the judicial action towards the valuation of anthropological experts' reports. This puts Law in an interrelation with other disciplines, particularly those of Political Science and Anthropology. Then central point of this essay is to point out that these barriers are an invisible obstacle to the understanding of anthropological experts' reports, and that this situation controverts the viability of an intercultural justice and the plurality of legal systems in Latin America. At the same time, the problems that emerge with the interrelation between disciplines are questioned, in order to make possible more complex forms of understanding Law.

Key-Words: Legal Anthropology, Indigenous Justice, Legal procedures, Anthropological experts' reports, Political Science, Legal Pluralism, Ideology, Legal rationality, Legal formalism, Legal proof.

¹ Profesor de la Universidad Andina “Simón Bolívar” de Quito y coordinador de la relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador, ecuadorconstitucional@yahoo.com. Recibido el 16 de agosto de 2010, aceptado el 23 de octubre de 2010.

² Piero Calamandrei, “De la Fe en los Jueces. Primer requisito del abogado”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2001, p. 35.

Introducción

Cuando en las aulas universitarias, un profesor de derecho habla sobre la relación entre ideología y derecho es visto como un bicho raro por sus alumnos, puesto que la educación de las abogadas y abogados en gran parte de Latinoamérica, funciona sobre la matriz de la supuesta neutralidad política del derecho. Se entiende al derecho como una respuesta a los excesos del poder político, herencia no del todo clara entre la cultura escritural del derecho indiano-colonial y la asimilación local de los temores de los juristas europeos ante la alienación de los regímenes políticos y sus líderes durante la primera mitad del siglo XX. El hecho es que, a partir de esta realidad, se cree que el derecho es neutro y que quienes operan sobre él, lo hacen en términos “técnicos” y no “políticos” como una manifestación de esa misma neutralidad.

Sin embargo, la fenomenología de la contemporaneidad abre potenciales de interrelación entre política y derecho antes impensada; especialmente a partir de la tendencia hacia una nueva configuración de los poderes estatales que legitiman su actuación con un énfasis en el reducto y sujetos por excelencia del derecho: el poder judicial (las servidoras y servidores judiciales, y las abogadas y abogados).

Esta interrelación aparece hoy materializada en la *Constitución ecuatoriana de 2008* que es resultado del proceso constituyente de 2007 que reemplazó a la *Constitución ecuatoriana de 1998*.³ Esta Constitución retoma la tradición del constitucionalismo social en Ecuador de los procesos políticos de 1929 y 1945. La promulgación del *Código Orgánico de la Función Judicial*, y la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* son una consecuencia de este ímpetu constitucional transformador del constitucionalismo andino de Venezuela y Bolivia de la primera década del siglo XXI.⁴

Para el caso concreto de este ensayo, aparece allí el peritaje antropológico como un elemento de comunicabilidad entre las justicias indígenas y la justicia estatal, entre el derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, y el derecho blanco-mestizo. Y, en un plano más amplio, entre el derecho y la política, y el derecho y otras disciplinas, tales como la antropología. No obstante, esta comunicabilidad no es neutra, sino que tiene como fin establecer elementos de convicción a la jueza/es que lo acerquen a la verdad procesal a la real, desde una perceptiva de entendimiento de la cultura concreta de los colectivos y su contexto socio-cultural, su derecho propio y las características de autonomía que pondrían en cuestión el derecho estatal (en el que fueron formadas/os las/os juezas/es)de tal manera que su

3 Constitución del Ecuador de 2008, RO 449: 20-oct-2008.

4 *Código Orgánico de la Función Judicial*, RO-S 544: 9-mar-2009; *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, RO-S2 52: 22-oct-2009.

adopción o rechazo se produzca en un plano de igualdad a través de la motivación judicial probatoria.⁵

En este contexto, el debate entre ideología y derecho adquiere actualidad, pero ya no como una denuncia de la inutilidad de lo jurídico o de la simplona constatación de su instrumentación en beneficio de las clases dominantes, sino en la medida que se lo pueda instrumentar para la transformación social. Este debate hace necesario superar el derecho como un sistema autorreferente, tomando el modelo de *Luhmann*, es decir, aquel que se piensa y reproduce desde y por sí mismo. Esto deviene en que el derecho debe incorporar miradas científicas externas para su desarrollo, lo cual le permita pensarse en beneficio de las personas y colectividades.

A partir de este necesario diálogo interdisciplinario o transdisciplinario que *Sánchez Botero* propone como una verdadera “revolución del saber”,⁶ es que el derecho puede extender sus horizontes y quitarse la venda y mordaza que históricamente el derecho liberal latinoamericano y la práctica institucional postcolonial le han heredado.

En este ensayo, uno de los espacios donde creemos que debemos instrumentar este diálogo es desde un plano de igualdad de las disciplinas, pero sin que el enfoque desde donde parte el análisis pierda totalmente su independencia. Consecuentemente, tomamos los peritajes como un pretexto para una cuestión de más amplio espectro que dejamos abierta. Este diálogo tendría tres niveles de interrelación: a) desde el derecho; b) desde un espacio de construcción igualitaria; y, c) desde otra disciplina. En el primer nivel, el derecho se enriquece, en el segundo se forman constructos teóricos compartidos y en el tercero el enriquecimiento ocurre en las otras ciencias. Para el caso de este ensayo, partidos del derecho, pero sin negar la necesidad de avanzar en la asunción de los otros dos niveles. La interrelación igualitaria y necesaria de las ciencias y disciplinas es un reflejo de la interculturalidad como plano de relación igualitaria de las culturas en el mundo de hoy.

La cuestión que vamos a abordar en este ensayo hace referencia a uno de los campos más fértiles del fenómeno jurídico, donde la relación que existe entre ideología y derecho juega un papel fundamental para entender la práctica y la cultura judiciales: la valoración procesal de las pruebas. Pero el tema se hace más complejo si nos limitamos únicamente a las pruebas periciales; y, se complica aún más cuando restringimos nuestro objeto de investigación a los peritajes antropológicos.

Entendemos la ideología judicial como un producto íntimamente relacionado con la cultura, es decir, como el conjunto de manifestaciones prácticas a partir de las normas jurídicas positivas (instrumentos internacionales, constitución, actos administrativos y providencias judiciales) y los valores insertos en ellas, y la doctrina jurídica que fundamenta esta actuación, dentro de lo que se podría denominar doctrina judicial. Tomamos como fuente los fallos de triple reiteración o jurisprudencia obligatoria. Hemos tomado esta fuente, a pesar de que la mayoría de estas

5 Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico. Justicia en clave intercultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, pp. 27, 28 y 127-134.

6Ibid., p. 340.

sentencias no otorgan datos de calidad y reproducen un rudimentario entendimiento de la función creadora de juezas y jueces; en la medida que permite identificar algunos aspectos de la cultural judicial ecuatoriana en el ámbito tradicional del conservadurismo y la tradición judiciales: la Corte Suprema de Justicia.⁷ No nos referimos en este ensayo a posicionamientos partidistas, religiosos, de clase, gremiales o de pensamiento político explícito de parte de juezas y jueces (conservador, liberal, socialista, etc.) que, eventualmente, en otros trabajos y con otra perspectiva pudieran entenderse como ideología. Además, nuestra preocupación se centrará en la actuación de juezas y jueces y no de otros servidores o servidoras judiciales, tales como fiscales, defensoras o defensores, u otros operadores jurídicos, como las abogadas o abogados, aún cuando también tengan un rol significativo en la valoración de las pruebas, tal como se evidencia en el epígrafe de este ensayo.

Se presenta así la preocupación de este ensayo: ¿cómo leer judicialmente un peritaje antropológico? Si entendemos que lo común que une a la lógica de la valoración judicial de las pruebas y las técnicas periciales, es la objetividad; y, si luego, las pericias antropológicas construyen objetividad de otra manera; este estudio es apenas una limitada descripción que identifica las barreras ideológicas que impiden una adecuada lectura judicial de las pericias antropológicas. Esta identificación tiene como fin guiar la actuación judicial de las juezas y jueces.

Desarrollaremos este ensayo en las siguientes partes: I. *La construcción de la particular objetividad de las pericias antropológica*, donde el tema será identificar las barreras exógenas (desde la técnica extra derecho), a partir de la reproducción del debate de las ciencias sociales respecto de la validez objetiva de las cualitativas frente a las cuantitativas; y, II. *La cultura jurídica dominante y la pericia antropológica*, donde se pretende establecer cuáles son las barreras ideológicas endógenas (en la práctica judicial) para un entendimiento adecuado de los peritajes antropológicos. Utilizaremos en esta parte dos peritajes antropológicos realizados por *Fernando García* en casos relativos a la aplicación de la justicia indígena.⁸

⁷ Cfr., Luis Fernando Ávila Linzán, *Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006; Luis Fernando Ávila Linzán, investigador, *Prontuario de resoluciones del Tribunal Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004. La jurisprudencia en su sentido amplio comprende a todas las decisiones judiciales definitivas o que deciden situaciones jurídicas; y, en su sentido concreto sólo a aquellas que tienen un nivel de vinculación general sobre los procesos o incluso sobre el ordenamiento jurídico. Los fallos de triple reiteración, según la Ley de Casación tiene efectos obligatorios sobre la judicatura a partir de la reiteración del argumento principal por tres sentencias de la Corte Suprema. Esta fue una puerta abierta a una actitud creadora de las juezas y jueces con el fin de que opere incluso sobre el ordenamiento jurídico; no obstante, lo que se pudiera denominar “cultura del precedente” chocó con la vieja práctica judicial, lo que Erlich denominara a finales del siglo XIX respecto del ritualismo judicial alemán: “jurisprudencia conceptualista.”

⁸ Fernando García Serrano, *Peritaje antropológico-histórico de la comunidad Kichwa de Shiwayacu*, parroquia Talag, Cantón Tena, provincia del Napo, Juicio Ordinario de Reivindicación 287-2006-C, septiembre de 2007; Fernando García Serrano, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas del Pueblo Kitu Kara: Collaqui, Chichipata o la Esperanza, El Arenal, Tola Grande y Tola Chica, usuarios del ramal Chichipata perteneciente al Sistema de Riego de Tumbaco*, parroquia Tumbaco, Cantón Quito, provincia de Pichincha, expediente 371-2007, Agencia de Aguas de Quito.

I. La construcción de la particular objetividad de las pericias antropológicas (barreras ideológicas exógenas)

1. La validez de lo cualitativo

La práctica judicial latinoamericana ha sido contradictoria respecto de la valoración general de las pericias, pues en ella chocan la tradición jurídica que, especialmente, a partir de la doctrina procesal italiana de la mitad del siglo XX, trata de posicionar a las juezas y jueces como creadores del derecho y rectores del proceso.⁹ Dentro de esta tradición, lo que se busca respecto de la prueba es determinar su “sana crítica” a partir de la constatación inmediata de los hechos relevantes para el proceso. No obstante, al mismo tiempo es acogido en los procesos judiciales el empirismo técnico para la realización de la prueba, con lo cual se aleja a las juezas y jueces de su contacto directo con los hechos y los somete al arbitrio de otros técnicos que manejan otros oráculos, códigos y protocolos científicos con el fin de establecer las verdades, procesal y real.

No obstante, al parecer, la tendencia es el aumento de la confianza en las pericias y la disminución respecto de los testimonios y los documentos de fe pública, debido a que resultan, en muchos casos, más certeras y objetivas. Así, en la actualidad se utilizan con mucho éxito, exámenes médicos legales en casos de violación, pericias de balística en juicios de muerte violenta; y, pruebas de ADN para determinar la paternidad judicialmente.¹⁰ Incluso, en muchos casos se ha llegado al extremo de llegar a creer que estas pericias por su nivel de objetividad, son incuestionables. Digamos que a pesar de las reticencias de las juezas y jueces tradicionales, y la excesiva confianza de las/os modernistas que se han consagrado de lleno al empirismo técnico; se ha llegado a un consenso científico y a la construcción de un lenguaje de interrelación científico. No es raro, en la actualidad, ver que las fiscalías realicen protocolos de intervención e investigación ni que las integrantes de las judicaturas electorales utilicen y entiendan el método de *Hont* en el día a día de sus actividades.

Sin embargo, no seamos tan optimistas en pensar que el derecho se está abriendo a otras ciencias de manera consciente y permanente. Lo que sucede es que ha ido encontrando correspondencia en técnicas de otras ciencias para reproducir su propia *racionalidad objetivista* al momento de valorar las pruebas o analizar sus situaciones en lo que le es útil. En realidad, la cultura jurídica tradicional y dominante está en franca resistencia respecto de las pericias, a través de la práctica judicial. En este contexto aparecen las pericias antropológicas con el fin de explicar el

9 Cfr., Alberto Fernández, *Función Creadora del Juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

10 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Juicios de filiación: eficacia probatoria de la prueba de ADN y autoridad de cosa juzgada. GJ S XVII, No. 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración): “... Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debe ser obligatoria para el juzgador de instancia...”.

contenido de la cultura desde una mirada de quienes la practican. Esta resistencia, muchas veces inconsciente, se presenta mediante barreras invisibles que es necesario evidenciar con el fin de que permita una lectura adecuada de los informes pericial-antropológicos.

2. Incomunicabilidad de lo antropológico

A partir de lo anterior, la primera barrera exógena es la incomunicabilidad de lo antropológico respecto de otras ciencias sociales, que se traduce en la crítica a la validez de lo antropológico por otros científicos sociales. En el caso que nos ocupa, las pericias antropológicas que son más radicales en su relación con la valoración judicial de las pruebas no dejan de ser objetivas, pero responden a otra lógica de la objetividad tradicional que entra en pugna con otras ciencias sociales como la Sociología, o dentro de la misma Antropología, a través de diversas visiones dentro de la Teoría Social. Lo que en fondo se discute, es la validez de la investigación cualitativa frente a la cuantitativa, y no la legitimidad científica de los peritajes antropológicos.

Si bien es cierto, los peritajes antropológicos y las ciencia de la antropología privilegian los análisis cualitativos por sobre los cuantitativos, suelen aplicarse los unos y los otros de manera indistinta, de acuerdo al objeto y las condiciones de la investigación, y el influjo de una determinada escuela del pensamiento.

Frente a esto, en el entorno de las ciencias sociales, se discute la validez de los estudios cualitativos, los cuales son acusados de no ser objetivos. Esto ocurre por cuanto las técnicas de recolección de datos cualitativos operan sobre un universo de casos limitados (incluso pudiera ser un solo caso) y porque los hallazgos no son medibles en términos matemáticos o con fines probabilísticos. En un ejemplo hipotético, el objeto podría ser la reconstrucción de una historia de vida del miembro de una pandilla *Latin King*. En este estudio hipotético no aparecerán progresiones o regresiones estadísticas para determinar, por ejemplo, en un estudio de datos cuantitativos en el mismo ejemplo, que el índice de violencia de las pandillas del área urbana del Cantón Guayaquil, ha aumentado en un 1,5% en el período 1998-2000 respecto del período 1996-1998. Por el contrario, aparecerán datos concretos como las posibles causas personales de la vinculación del sujeto de la investigación (informante calificado) a la pandilla *Latin King*, o las prácticas de la violencia al interior del colectivo.

En el fondo esta polémica ocurre a partir de las diversas visiones sobre el objeto de la investigación y el papel del investigador en las ciencias sociales. Existen dos grandes las corrientes: a) la que considera que el objeto debe ser los hechos sociales en tanto puedan ser vistos globalmente, y el investigador sea un sujeto pasivo que describa estos hechos sin involucrarse (*Comte, Weber, Spencer*). Esta tendencia tiene un fuerte influjo de las ciencias naturales, la física y las matemáticas; y, b) la que establece que el objeto deben ser los actos humanos concretos y su relación con los fenómenos sociales, y el investigador debe involucrarse, pues sólo así puede entender de mejor manera los hechos sociales (*Durkheim, Diltey, Freud, Bourdieu*). En esta corriente, la psicología y la filosofía tuvieron un gran influjo. En el primer

caso, el énfasis fue la racionalidad por sobre lo humano (utilitarismo de *Hobbes* y *Maquiavello*, luego retomado por *Schmitt*); y, en el segundo, lo es en lo humano por sobre la racionalidad pura (humanismo de *Rousseau* y *Locke*, luego retomado en varias tendencias contrapuestas por *Hegel*, *Kant* y *Marx*).

Entonces, a partir de la primera tendencia, el énfasis fue sobre los métodos de investigación cuantitativos por su cercanía a las ciencias naturales. La sociología norteamericana del período 1950-1980, y las ciencias políticas de influjo anglosajón aplican generalmente estas metodologías; mientras, que la sociología clásica, la antropología, la psicología dan prioridad a las metodologías cualitativas, especialmente a aquellas que tienen influjo de la escuela alemana, francesa y norteamericana actual (1990-2010).

La evidencia global de estas corrientes nos lleva a establecer la validez de lo cuantitativo y lo cualitativo. Esta validez está en su aplicación al objeto de la investigación y de los datos que queramos obtener, lo cual condicionará la participación del investigador. Incluso, la tendencia actual, es a aceptar la validez de ambos enfoques en el entendido que permiten un abordaje integral y complementario de un hecho social concreto: lo cuantitativo permite visibilizar las visiones macros, la predictibilidad razonables de hechos futuros y evaluación sistemática de hechos pasados; mientras que lo cualitativo permite ver los vacíos de los datos matemáticos desde la realidad y presenta a los sujetos de carne y hueso como actores importantes.

Volviendo al nuestro ejemplo hipotético. Los datos sobre el índice de violencia nos servirán para poder establecer las razones globales, por ejemplo, la crisis económica de los bancos privados en 1999; pero las historias personales permitirán verificar que posiblemente existen razones estructurales, como los patrones culturales patriarcales, racistas y del consumismo capitalista que deben ser considerados como motivos para vincularse a una pandilla. Lo uno nos llevará a elaborar políticas laborales para las personas jóvenes, lo otro programas de intervención para apuntalar estas políticas laborales. Esta comunicabilidad es lo que se ha denominado técnicamente *piramidación*, que consiste en tomar los estudios cuantitativos y cualitativos para compararlos y complementarlos, con el fin de cubrir integralmente un objeto de investigación determinado.

Luego, todo lo que se ha dicho para deslegitimar a lo cualitativo es aplicable también a lo cuantitativo. Una investigación cualitativa también puede ser direccionada y falseada, y tiene una alta dosis de subjetividad de quien la realiza; al mismo tiempo, que si no se hace una labor técnica puede llegar a resultados abstractos e inútiles. El mínimo a garantizar en una investigación cuantitativa o cualitativa debe buscar que se cumplan los requerimientos científicos que permitan evaluar su validez técnica o control de calidad; y, al menos, reunir algunos elementos comunes: a) que el objeto de la investigación sea las inferencias descriptivas o explicativas *a partir de la información que se tenga del mundo*"; b) la admisión previa de un nivel de incertidumbre, pues *"se intenta llegar a datos ciertos a partir de datos inciertos"*; c) la publicidad de los resultados de la investigación, sujetas al cuestionamiento de una comunidad científica determinada; y, d) la validez de la investigación se la realiza a través de la constatación de un conjunto de *normas inferenciales*: el método.¹¹

11 Gary King, Robert Keohane y Sydney Verba, *El Diseño de la Investigación Social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 16-19.

En definitiva, la diferencia entre lo cualitativo y lo cuantitativo es una “cuestión de estilos y técnicas específicas”. Así mientras, lo cuantitativo se basa en cálculos numéricos, comprobación de hipótesis que se resumen en datos de fácil manejo con el fin de establecer diagnósticos y proyecciones; lo cualitativo, tiene un estilo discursivo y perceptivo, y se centra, generalmente, en un reducido número de casos, los cuales son asumidos en su globalidad.¹² No obstante, el cuantitativismo es la regla general, incluso en el derecho, tal como lo vamos a explicar, por lo cual entre lo que puede informar una pericia de balística con datos precisos y, en principio, irrefutables, pues se busca el *quantum* y el hallazgo del antropólogo de que en una comunidad no se entiende el sentido occidental de la propiedad individual, la jueza o juez acoge lo uno como una verdad incontestable y lo otro como un dato ilustrativo e inservible en el mejor de los casos. Desde el punto de vista de la ideología, las juezas/es perciben estos hallazgos como un atentado contra su *habitus* y la certeza de su conocimiento que se circunscribe a las normas positivas. Se agrava esta actitud cuando la jueza/s se da cuenta, además, que, a diferencia de un parte policial, debe realizar una labor de interpretación de un peritaje antropológico, que se transformará en una carga adicional a su ya congestionado despacho.

3. La objetividad antropológica

De vuelta a lo nuestro, otra barrera ideológica que tiene relevancia respecto de la práctica judicial, puesto que el derecho, a pesar de su lejanía de los estudios de campo (al menos, en Latinoamérica), comparte, a partir de su matriz ideológica, el formalismo jurídico *kelseniano*, algunos elementos comunes con la corriente cuantitativista.¹³ Esta matriz pone énfasis en la razonabilidad, que es muy fuerte y casi la esencia del proceso judicial, y la practicidad que surge a partir de aquella (sólo se aplica y no se renuncia a toda capacidad hermenéutica más profunda). De esta manera se entiende el postulado de que el derecho y el proceso -en la ideología judicial- no pueden estar contaminados de elementos subjetivos, sino que debe mantenerse dentro del exclusivo reducto de objetividad del derecho que es la norma positiva y el ordenamiento jurídico. Todas las soluciones posibles, independientes de la realidad social, están en las leyes y la aplicación que el legislador espera haga de ellas las juezas y jueces.

En este sentido, por supuesto, las pericias técnicas cuantitativas tienen un alto nivel de predictibilidad lo que hace que *a priori* tengan cabida en la doctrina judicial (ideología judicial), pues, entre otras cosas, coincide con el sentido común

¹² *Ibid.*, p. 14.

¹³ Entiendo por formalismo kelseniano al resultado del asimétrico proceso histórico de asimilación cultural de la teoría pura del derecho de Kelsen. Proceso que ha sido manipulado por las clases dominantes en su favor, pues se toma el positivismo kelseaniano, de carácter científico y laico (interpretación racional), y se lo transforma en formalismo escolástico (interpretación exegética) jurídico a partir de la tradición del derecho primitivo, francés y decimonónico de fuerte influjo en la Región, a través de las grandes codificaciones. Ver Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

formado en las universidades y moldeado por el ideal eficientista de la hegemonía del mercado. Mientras que la “abstracción” de los datos cualitativos, que son el centro de los peritajes antropológicos, no aparece como razonable, segura o predecible. Al contrario, los hallazgos cualitativos representan una información sin utilidad práctica, sino solo *a posteriori*. Así, por ejemplo, un examen médico legal establece que una persona ha sido violada sexualmente, a través de la constancia material de desgarraduras en los órganos sexuales, arañazos en el cuerpo, muestras de cabello y vellos de la persona agresora. Dice si ocurrió un hecho. Luego, la jueza o juez valorará esta prueba con el convencimiento de que son datos “científicos y exactos” sobre la base de la razonabilidad jurídica. Citamos como ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso especial de la valoración de las pruebas de ADN para la determinación de la paternidad:

“... Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debe ser obligatoria para el juzgador de instancia...”¹⁴

No ocurriría así, por ejemplo, si tomamos como ejemplo un peritaje antropológico. Tomemos uno realizado en la comunidad *Kichwa de Shiwayacu*, parroquia Talag, Cantón Tena, provincia del Napo.¹⁵ En este caso, se discutía la posesión por parte de la comunidad de un predio rural en poder de un colono mestizo. El peritaje gira en torno a determinar, a través de una investigación antropológica, cómo entiende la comunidad el “territorio”, y dice al respecto:

“6.1 La concepción de tierra y territorio de la comunidad kichwa es claramente diferente a la planteada por el Estado ecuatoriano. Para ellos el carácter de colectivo y de usufructo de la tierra se contrapone al carácter individualista y de posesión vía título de propiedad individual.”¹⁶

Una cuantitativista radical desde el ámbito de las ciencias sociales diría que este dato no ofrece elementos para su comprobación y variables para medir si esta aseveración es predecible. Diría, además, que evidencia la subjetividad del investigador. La/el jueza/s tradicional (el arquetipo de la justicia), sobre el mismo

14 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Juicios de filiación: eficacia probatoria de la prueba de ADN y autoridad de cosa juzgada. GJ S XVII, No. 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración).

15 Fernando García Serrano, *Peritaje antropológico-histórico de la comunidad Kichwa de Shiwayacu*, parroquia Talag, Cantón Tena, provincia del Napo, Juicio Ordinario de Reivindicación 287-2006-C, septiembre de 2007, .

16 Ibid., p. 5.

constructo de objetivismo probatorio (un resultado del formalismo jurídico), diría que no existe el instrumento jurídico que dé fe pública razonable (por el Estado), que no existe norma positiva que reconozca expresamente esta afirmación; y, por su parte, los abogados afirmarían lacónicamente: “el peritaje no es imparcial, pues el perito es activista indigenista.”

En el primer caso, el problema es el esencialismo metodológico y la no comprensión de una diferente forma de construir la objetividad científica. En los segundo y tercer casos, ese mismo fenómeno toma la forma de cultura judicial y jurídica que impide ver otras formas de hacer el derecho más allá de la norma positiva legal, y, por tanto, más allá de la norma escrita como única expresión del derecho aplicable (derecho de origen estatal). La existencia de un derecho propio de algún colectivo sería vista como un cuestionamiento del poder legitimador del derecho estatal enraizado en el sentido común como un orden justo, aunque no funcione o como un tema folklórico y peculiar.

Las operadoras/es de la justicia deben entender que la lógica del análisis antropológico que se contiene en las pericias judiciales, en definitiva, adopta una forma particular de construir su propia objetividad a partir de datos identificables no en su mensurabilidad, sino en su contenido de percepciones, interrelaciones y explicaciones estructurales.

II. La cultura jurídica dominante y la pericia antropológica (barreras ideológicas endógenas)

Se constituye en una barrera endógena la dificultad para el entendimiento de las pericias antropológicas desde la lógica jurídica a partir de su pretendida autonomía y pureza científica. Este es la idea central que surge a partir del formalismo jurídico normativista.¹⁷ No obstante, esta autonomía no ha sido, sino el reflejo de la matriz de autonomía de la voluntad, propia de un derecho privatista y hecho a la medida para la protección de los intereses de la clase dominante. Cuando se cerró el derecho en las normas, en tanto reducto exclusivo de racionalidad, se clausuró el debate sobre su contenido real y los intereses detrás de ellas. Se limpió al derecho de la política, pero lo condenó a una prisión perpetua a los intereses de las/os excluidas/os. Esto supuso, en una visión sistémica, el aislamiento científico y metodológico respecto de otras ciencias y disciplinas.

En Latinoamérica, a pesar de que el formalismo jurídico ha sido asimilado asimétricamente¹⁸ y a la medida de sus intereses de dominación hegemónica en términos gramscianos, el estudio del derecho ha pululado entre el academicismo

¹⁷ Cfr., Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho: introducción a la génesis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

¹⁸ Cfr., Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

magistral al estudio de casos sobre un eje privatista y de acuerdo a los estratégicos intereses del imperialismo internacional.¹⁹ Concomitantemente, la práctica judicial se ha reproducido sobre la base de la defensa gremial de la abogacía y las servidoras y servidores judiciales, a través de una práctica judicial empírico-burocrática.²⁰ Esta realidad ha mantenido el cerco ideológico del derecho liberal, privándolo completamente de los aportes y enfoques externos. En consecuencia, los enfoques sociológicos, políticos, antropológicos o de cualquier tipo han chocado con el conservadurismo jurídico y la razón jurídica, férreamente controlado desde las altas cortes y tribunales. Así, son poco frecuentes los estudios de campo (cualitativos o cuantitativos) o se lo hace de una manera no técnica.

Cuatro son las características fundamentales en la lógica jurídica: la razonabilidad (objetividad, control del proceso y seguridad), la practicidad (el conflicto), la predictibilidad, y la autonomía de la voluntad, y que se constituyen en barreras ideológica endógena respecto de la valoración de las pericias antropológicas. Cada una de ellas choca con lo que se espera de los peritajes antropológicos.

1. Razonabilidad de la justicia

La principal característica ideológica del proceso judicial gira alrededor de la razonabilidad. Esto significa que la valoración de la prueba descansa sobre un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material), y presentación ordenada para la conformación psicológica de convicción del juzgador (prueba formal).²¹ La construcción ideológica dominante -en su forma de doctrina jurídica- en Latinoamérica a partir la segunda mitad del siglo XX por influjo del procesalismo italiano, filtrado por los juristas uruguayos, argentinos y chilenos, es lo que se ha denominado el modelo de la “sana crítica”, que juega entre dos extremos: la libre convicción, más propia del derecho anglosajón, donde pesa la prueba como mecanismo de convicción (en el caso de los Estados Unidos, el jurado); y, la prueba tasada o tarifaria, que entrañaba derecho sustantivo que determinaba la valoración de la prueba en la propia norma positiva.²² La libre convicción otorga total discrecionalidad al juzgador para establecer

19 Cfr., Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Bogotá.

20 Boaventura De Souza Santos, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 136; Raúl Eugenio Zaffaroni, *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 125.

21 Jaime Guasp, “De la Prueba en General”, en Fernando Quiceno, comp., *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, pp. 545-547; Eduardo op.cit., pp. 9-12.

22 Eduardo Couture, op.cit., pp. 18-20.

las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos; mientras, que la prueba tasada o prueba legal representa un rezago del derecho inquisitivo fundado en una matriz moral. Así, por ejemplo, son comunes de este modelo las normas positivas adjetivas que otorgaban mayor valor al testimonio de los hombres que al de las mujeres; o, aquellas que se refieren a la desaprobación normativa del testimonio de las prostitutas o de las personas que practican la mendicidad.

La “sana crítica” supuso un avance importante en el derecho, pues buscaba garantizar la aplicación del derecho sustantivo, pero otorgando cierta libertad a la jueza o juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba con el fin de comprobar y formarse convicción. No obstante la penetración de este modelo de valoración de la prueba, en la práctica judicial aún coexiste con elementos del modelo inquisitivo propio del derecho colonial, tal como lo podemos ver en nuestra práctica y doctrina judicial, en lo que se denomina “prueba plena”, es decir, aquella que se supone que no admite deliberación alguna:

“La alegación de despido intempestivo se debe demostrar; al efecto, al evadir la confesión judicial sin justificativo legal el demandado (Art. 135 CPC), la declaratoria de confeso en su contra tiene valor de prueba plena, pues evidencia la terminación de la relación contractual por voluntad unilateral del empleador.”²³

La sana crítica es una barrera endógena, puesto que hace inviable aquello que no aparezca acorde a “las reglas del correcto entendimiento humano”, en otras palabras, el sentido común (escala de valores dominantes). Este sentido común no es sino la puerta de entrada al conjunto de valores sociales dominantes en una sociedad. Los resultados de un peritaje antropológico pugnan con este “sentido común”, o al menos aparece formado de una manera distinta, de manera análoga a lo que sucede con el objetivismo ya comentado. Veamos un ejemplo. En un peritaje antropológico sobre el uso comunitario del agua, se establecen un sinnúmero de elementos que buscan evidenciar la existencia de prácticas culturales que definen la identidad comunitaria sobre el uso del agua.²⁴ Esta idea pugna contra el sentido común del juzgador que ve el uso del agua en dos sentidos: como un bien de uso común regentado por el Estado o como un recurso con fines económicos, casi exclusivamente individuales. La matriz privatista se confunde con la razonabilidad en la doctrina judicial, tal como lo podemos evidenciar en el siguiente extracto de un fallo de triple reiteración:

23 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Confesión judicial: eficacia probatoria. J S XVI, No. 14, p. 3905, ene-abr-1999, (S-I-Lab-Soc), p. 50.

24 Fernando García Serrano, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas del Pueblo Kitu Kara: Collaqui, Chichipata o la Esperanza, El Arenal, Tola Grande y Tola Chica, usuarios del ramal Chichipata perteneciente al Sistema de Riego de Tumbaco*, parroquia Tumbaco, Cantón Quito, provincia de Pichincha, expediente 371-2007, Agencia de Aguas de Quito, p.3.

“... Asimismo, es primordial la prueba de que el demandado es el titular del derecho del inmueble cuya adquisición de dominio se pretende por prescripción extraordinaria, porque de otra manera el fácil arbitrio de deducir esta clase de demanda contra cualquier persona o persona indeterminada bastaría para la adquisición del dominio de un inmueble, lo que afectaría el orden jurídico que garantiza el derecho de propiedad privada...”²⁵

2. Practicidad judicial

El sentido común sobre el cual se construye la sana crítica se reduce a un énfasis práctico en la actividad judicial.²⁶ No existe en el proceso y no es relevante aquello que no se actúa dentro de él. En este contexto, el proceso funciona como un mecanismo que transforma los hechos reales en un conjunto de elementos cartesianamente elaborados para servir de elementos de convicción a favor de quien decide.

Podemos llamar a esto “realidad procesal”, que es la traducción objetivada del mundo real. Otra consecuencia de la practicidad judicial es su carácter finalista, según el cual es indispensable una decisión sobre el conflicto puesto en cuestión para el éxito del proceso. Esta decisión puede ser acordada por las partes o tomada de acuerdo a los argumentos que están en la base de la convicción psicológica del juez, donde juegan un papel innegable los valores, tendencias, prejuicios o confesionalidades de todo tipo, la ideología.

La practicidad se convierte en una barrera ideológica en el momento que direcciona esta convicción hacia los fines del proceso, fenómeno que se denomina “eficientismo judicial”. Es decir, lo importante será mostrar que se ha llegado a una decisión en un tiempo corto y no la solución del conflicto puesto a su arbitrio. De esta manera, la justicia ordinaria asume cuestiones previsibles, repetitivas y rutinarias, especialmente, en juicios civiles, donde los demandantes representan a quienes tienen el poder y están habituados en contra de quienes son litigantes ocasionales y sin recursos.²⁷ Todo aquello que rompa el orden de esta práctica rutinaria es un atentado contra el proceso. En verdad es una estrategia que esconde el efecto selectivo que tienen las normas jurídicas respecto de los intereses de clase que el derecho estatal protege con impunidad, en dos postulados de la tradición jurídica: “la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento”, y “la ley se presume conocida por todos”. El autoritarismo de estos postulados es evidente, al tiempo que invisible, en sociedades mayormente alienadas, como en caso de América Latina, y/o particularmente disciplinadas, como es el caso de los países centrales.

25 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit.. Prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio: objeto de la prueba (2). GJ S XVI, No. 14, p. 3876, ene-feb-1999, (S-I-Civ-Mer), p. 18.

26 Hernando Devis Echandía, “La Valoración de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000, p. 67.

27 Cfr., Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García-Villegas, *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, http://www.cejamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf.

Entonces, todo aquello que perturbe la rutina judicial no tiene cabida en el proceso. En lo que nos interesa, las juezas y jueces no están dispuestos al cambio y a la aceptación de nuevas herramientas para su actuación (*habitus*). Entonces, las nuevas formas de interpretar, los renovados roles y todo aquello que altere la practicidad judicial, es percibido como instrumentos exóticos, extranjerizantes y veleidosos. Un ejemplo, de esto puede ser el caso del Juez *Carlos Poveda* en el caso “La Cocha” cuando se abstuvo de fallar toda vez que ya habían decidido las autoridades de la justicia indígena. *Poveda* alegaba que la justicia indígena estaba reconocida en el *Convenio 169 de la OIT*, y que era necesario aplicar directamente de la Constitución vigente para la época (1998). Veamos lo que pensó la jerarquía judicial al respecto, lo que permite ilustrar la resistencia al cambio:

“El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos [...] Más aquí en la Función Judicial están apareciendo fermentados innovadores pseudomodernistas [...] no es conveniente ni tiene fundamento que la mayoría de ciudadanos se deba someter a dichas reglas culturales o consuetudinarias, ajenas a su propia tradición...”²⁸

Esta practicidad tiene el potencial de convertirse en una barrera ideológica endógena para el entendimiento de un peritaje antropológico, aunque no conste expresamente en las providencias; en las cuales, en la mayoría de los casos, se niega la validez de sus hallazgos del peritaje.

3 Predictibilidad jurídica

Otra de las categorías fundamentales del proceso jurídico es la predictibilidad (cultura del precedente). Todo en el proceso está diseñado para generar una interpretación uniforme, que reduzca la discrecionalidad de las juezas y jueces. Lo contrario generaría lo que, desde lo liberal, puede llamarse inseguridad jurídica, pero que más allá de aquella, afectaría el tratamiento igualitario por parte de la administración de justicia, pues el ideal es que la solución de la justicia en casos similares se aplique para los casos posteriores que compartan identidades de sujetos u objeto.²⁹ Es, además, un mecanismo de control ideológico, pues permite a las altas cortes imponer un patrón axiológico inserto en las normas positivas y en la cultura entendida como “doctrina jurídica”; al tiempo que, en términos bourdieanos, permitiría delimitar el espacio de acumulación de capital social simbólico en forma de prestigio judicial.

²⁸ Carlos Poveda, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro* No.8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, p. 180.

²⁹ Cfr., Leonor Moral Soriano, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.

La valoración de la prueba no se escapa de esta lógica procesal cuando la predictibilidad se relaciona con la cercanía del medio probatorio para la formación de la convicción psicológica de la jueza o juez a partir de la inducción de los hechos a partir de la sana crítica:

“El conocimiento de un hecho por parte del juez no se puede tener sin que él mismo perciba algo con sus propios sentidos; y para ello es inevitable el contacto entre el juez y la realidad acerca de la cual debe juzgar [...] La superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no tiene necesidad de ser subrayada: la prueba es tanto más segura cuanto más próxima los sentidos del juez se halla el hecho a probar.”³⁰

Entonces, de acuerdo a esta necesaria intermediación y control judicial sobre los hechos (jurídicamente, principios de intermediación y disposición) es que se construye la prelación “lógica” de las pruebas judiciales. Así, las *pruebas directas*, es decir aquellas que se relatan fácticamente en presencia de la jueza o juez (testimonios orales –testimonio propio y confesión judicial–), y las *pruebas indirectas*, que son que no percibe el juez por sus sentidos en tiempo real, sino que debe interpretarse o deducirse de acuerdo a su experiencia y conocimientos (pericias, documentos en todos los formatos e informes). Aquí se diferencian dos niveles, en palabras de Couture, la *representación* (que sustituye a la percepción) que permite leer los hechos relatados en un tiempo anterior e instrumentalizado (declaraciones por escrito, testimonios instrumentalizados —escrituras públicas y otros documentos solemnes—), y la *deducción* que se construye desde los elementos implementados por otras ciencias (peritajes, informes e intervenciones por *amicus curiae* de interesados).³¹ Es decir, las pericias y la experiencia de otras ciencias, a pesar de que oficialmente no se lo reconoce abiertamente, ocupan, en esta “prelación lógica”, el último lugar.³² Es una barrera ideológica evidentemente. Lo representado es la verdad hecha proceso, lo deducido es una aproximación no obligatoria.

Por otro lado, el valor probatorio de las pericias ha transitado desde dos extremos: entre ser medio de prueba y ser un mecanismo auxiliar de la justicia. Las implicaciones van más allá de la simple formalidad o lo simbólico. En el primer caso, el valor probatorio de la pericia adquiere mayor importancia y se asemeja al de un testigo cualquiera, pero calificado; y, en el segundo, es una más de las voces informativas que tiene la jueza o el juez para formarse criterio (sana crítica). La tendencia ha sido que ambas visiones ocurren en la percepción probatoria judicial, según lo

30 Francesco Carnelutti, “Percepción y deducción en las pruebas”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2001, p. 25.

31 Eduardo Couture, op.cit., pp. 14-16.

32 Jaime Guasp, op.cit., p. 563. Este autor declara que el Tribunal Supremo español proclama en su jurisprudencia la necesidad de aplicar objetivamente la prueba, sobre la base de su igual valor probatorio.

cual la actividad pericial no es una fuente de prueba, sino un medio de integración de la actividad judicial.³³ Esto permitiría mejorar la comunicabilidad científica entre las reglas de la experiencia que deben modificar o flexibilizar las de la sana crítica, para poder leer las pericias de manera correcta, particularmente, la antropológica.

La Corte Suprema ecuatoriana, por su parte, se manifiesta a favor de la predictibilidad con mucha fuerza, y llega incluso a formalizarla zanjando toda posibilidad de dudas en la interpretación respecto de las pruebas de ADN para comprobar la paternidad:

“lo que su conclusión debe ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica, pero de ninguna manera está dotados de esta certeza los exámenes somáticos y hematológicos comparados”.³⁴

Ahora, si nos remitimos a lo ya dicho en las páginas anteriores respecto de las barreras exógenas para la valoración de las pericias antropológicas, la predictibilidad en la valoración de las pruebas, al permitir considerar generalmente a las pericias como pruebas atenuadas, pone a las antropológicas como la más lejana al entendimiento y a la cultura judicial, y más cercana al derecho medieval e inquisitivo. No se debe desconocer, tampoco, el poder de *impresionabilidad* que tiene algunos medios probatorios, que altera la prelación a la que nos hemos referido aquí.³⁵ Por ejemplo, un examen médico legal practicado en una niña violada predispone a la jueza o juez a aceptar una pericia sin mucho cuestionamiento y tratando de disimular la presión social que pesa sobre sus hombros. Si el problema ha sido un tema de tierras ancestrales, es posible que a través del prisma de valores dominantes, considere que el peritaje antropológico solapa intereses económicos disfrazando mañosamente pretensiones sociales de grupos e individuos.

Por otra parte, en el fondo, se esconde más allá de nuestras pericias antropológicas en la formación de la convicción judicial, la aceptación hipócrita de los intereses dominantes y de clase.³⁶

33 Francesco Carnelutti, op.cit., p. 38.

34 Luis Fernando Ávila Linzán, op.cit. Juicios de filiación: eficacia probatoria de la prueba de ADN y autoridad de cosa juzgada. GJ S XVII, No. 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración). 35 Roland Arazi, “Medios de Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2000, p. 237 y 245.

36 A. Vishinski, “Libre Calificación de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, p. 196.

4 Autonomía de la voluntad

Una de las características históricas más sobresalientes del derecho en todas las familias jurídicas, ha sido la autonomía e la voluntad como la maximización del individualismo que se resume en la máxima: “lo que no está prohibido, está permitido”. Incluso, a pesar de que ésta tuvo menos peso en los regímenes del socialismo real luego de la Revolución Bolchevique, tampoco allí se la logró sustituir ni se creó una alternativa, sino que se lo blindó o morigeró a partir del principio de solidaridad. El bolchevismo releyó, en el fondo, la autonomía de la voluntad a partir de un derecho afrancesado, introducido por los zares progresistas y modernizadores, que a su vez era una traducción moderna del derecho romano, confiado de que las políticas estatales a partir del poder conquistado por la clase proletaria a través del partido comunista, sería suficiente para contener el hedonismo natural de las relaciones capitalistas.

Entonces, la tarea fue cercar al derecho del cual se desconfiaba profundamente, pues se lo consideraba parte de la superestructura que devendría automáticamente en revolucionario en el momento que se transformaran las relaciones sociales y económicas presentes en la infraestructura:

“aún admitiendo, dentro de ciertos límites, la propiedad capitalista, sus normas se inspiraban en el propósito de eliminarla y abolirla paulatinamente, con la finalidad de su eliminación ulterior, y el establecimiento del sistema económico socialista y de la propiedad socialista sobre los instrumentos y medios de producción.”³⁷

Por otro lado, la manifestación judicial de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema capitalista, significa que el proceso funciona sobre el interés concreto y permanente de las personas interesadas en la decisión judicial. La permanencia tiene que ver con la exteriorización de su interés de seguir litigando (dirán en lenguaje judicial “impulsado el proceso”). Y, si bien es cierto en lo penal —en el derecho continental y sus tributarios— este principio se subordina al interés general, por lo cual funciona en sentido contrario -a instancia o impulso estatal-; la tendencia es aplicar el principio dispositivo. En lo penal, la tendencia regional de la reforma, en las dos últimas décadas es que se está abandonando el sistema de derecho penal inquisitivo por el acusativo, donde el Estado sólo tutelaría los intereses impulsados por las partes.

Esta situación puede privatizar el proceso judicial si en el corto plazo no se garantiza un rol relevante de las servidoras y servidores judiciales en la dirección del proceso.

37 O. S Ioffe, *Derecho Civil Soviético. Principios generales. La propiedad socialista personalidad jurídica. El contrato*, México, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 16.

Regresando a nuestras pericias antropológicas, el principio dispositivo en un entorno colonizado ideológicamente por el formalismo y el ritualismo jurídicos, hace que su práctica dependa casi únicamente de las partes, tal como aparece en la evidencia de los peritajes tomados como fuente para este ensayo.³⁸ Si no existe en la norma positiva, no existe:

“De ahí que el presupuesto previo a la traslatividad sea la disponibilidad, es decir, la situación idónea en que se halla un instrumento de prueba para ser requerido por el juez o los litigantes en vistas a su posterior utilización en juicio. La disponibilidad es el puente que une las propiedades de impresión con las de propiedades de traslación.”³⁹

Por eso es importante la inclusión normativa de los peritajes que trae el *Código Orgánico de la Función Judicial*. No obstante, el Estado debe subvencionar estos peritajes, pues adquiere una especial gravedad cuando su práctica es necesaria para establecer la verdad alegada por la parte débil del proceso. Por esta razón se vuelve indispensable, como un primer paso, el reconocimiento de esta pericia en la norma positiva, y que no dependa exclusivamente de las partes, sino que también –principalmente- pueda ser pedida por la jueza o juez.⁴⁰

Luego, también a partir de la autonomía de la voluntad el proceso se vuelve una lucha por obtener una respuesta al conflicto. Esto mina el entendimiento de una pericia antropológica, pues su naturaleza está más guiada a otorgar sentido a los hechos reales de un caso, que a resolver conflictos litigiosos.⁴¹ Y es aquí donde se vuelve en una barrera endógena para entender una pericia antropológica. Una prueba de esto es que el ordenamiento jurídico tradicional permite desde hace mucho tiempo, teóricamente, la adopción de los peritajes antropológicos, no obstante, su desarrollo ha sido marginal por el formalismo jurídico y una práctica judicial indolente.⁴²

III. Conclusiones. Los horizontes de la valoración constitucional de las pruebas

La Constitución de 2008 reconoció la justicia indígena en plano de igualdad a los sistemas de justicia y el derecho propio de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas frente al sistema de justicia y derecho estatales. Esto significa que se crea

38 Fernando García Serrano, *Peritaje antropológico-histórico Kichwa de Shiwayacu...*, op.cit. Aquí fue solicitado por el Presidente de la comunidad, Gabriel Cerda Grefa; Fernando García Serrano, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas Kitu Kara...*, op.cit. En este peritaje, el solicitante fue realizada por los dirigentes del ramal Chichipata del sistema de riego de Tumbaco.

39 Roland Arazi, op.cit., p. 328.

40 Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar-2009, Art. 19 y 344.b.

41 Jorge Untuña, El Peritaje Antropológico como prueba judicial ante un conflicto cultural y normativo, en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológica. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2006, p. 33.

42 *Código de Procedimiento Civil*, Codificación, RO-S 687: 18-may-1987, Art. 250: “Se nombrará perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio.”

la posibilidad de construir un derecho objetivo de tipo igualitario que obligaría al Estado a modificar sus estructuras jurídicas monistas.⁴³ Esto significa la emergencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario con potencialidades de interrelación.

En este contexto, la integración del principio de intercultural con el sistema de garantías que se materializa principalmente en el *Código Orgánico de la Función Judicial* y la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, como una consecuencia del Estado constitucional del derechos y justicia, abre la puerta al ingreso de nuevos patrones culturales que modifiquen sustancialmente la práctica judicial y el derecho a favor de la dominación hegemónica.⁴⁴ Las pericias antropológicas consisten en un elemento importante para comunicar los códigos culturales al sistema de justicia entre los diversos colectivos (no sólo los indígenas)⁴⁵ con el fin de procesarlos a través de decisiones más cercanas a la realidad y diversidad social, que sean legitimadoras de su actuación y que influyan estratégicamente en los problemas estructurales que sostienen y toleran una sociedad inequitativa y antidemocrática.

La lógica renovada y renovadora del constitucionalismo de la Constitución de 2008 es un elemento importante a tener en cuenta en este proceso de construir una hermenéutica intercultural, alrededor del cual los peritajes antropológicos se constituyan en una herramienta indispensable por varias razones.

Primero, el derecho por principios y el rol activo de las servidoras y servidores judiciales es un espacio propicio para discutir cuestiones que escapan al normativismo tradicional como cultura jurídica dominante, pues funciona como un nexo en doble vía de comunicabilidad entre los ordenamientos internos y los sistemas universales y regionales de derechos humanos.⁴⁶

Segundo, la metodología amplia de sistema de garantías propone parámetros importantes para el diálogo intercultural. Los más importantes constan ya en el *Código Orgánico de la Función Judicial* y la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.⁴⁷

Por otro lado, es importante construir estrategias de comunicabilidad entre los peritajes y sus actores, y la lógica jurídica del nuevo constitucionalismo como una forma de superación del formalismo jurídico que es una barrera, a veces, invisible

43 Gina Chávez, "El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!", *En Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 82

44 Luis Fernando Ávila Linzán, "Los Caminos de la Justicia Intercultural", en Carlos Gallegos y Danilo Caicedo, eds., *Derecho Ancestral. Justicia en contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 579.

45 Danilo García, "Pluralismo Jurídico y Peritaje Antropológico", en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológico. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLAC-SO), 2006, p. 15.

46 Cfr., Ariel Dulizky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", en Victor Abramóvich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Argentina, Editorial del Puerto, 2007.

47 *Código Orgánico de la Función Judicial*, RO-S 544: 9-mar-2009, Art. 344; *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, RO-S2 52: 22-oct-2009, Art. 66.

por su imbricación con la cultura jurídica y judicial. Particular rol y compromiso tiene la Escuela Judicial en la implementación de las políticas de formación adecuadas. El centro de éstas está en la formulación de las políticas de justicia —no sólo en las leyes—, que deberá considerar tres prioridades a partir de las barreras ideológicas identificadas en este estudio:

- a. La introducción en la formación judicial de elementos de análisis antropológicos y otras ciencias sociales. No es suficiente con la incorporación en el programa de una materia sobre los peritajes antropológicos; sino incluir algunos enfoques que transversalicen toda la formación, inicial y permanente de las servidoras y servidores judiciales;
- b. Al mismo tiempo y de manera similar, debe incluirse estos enfoques en la educación de pregrado; y,
- c. La identificación de las barreras ideológicas de este estudio deben servir a los organismos jurisdiccional, especialmente a las altas cortes, a establecer protocolos de intervención e interpretación, a partir de los cuales se construyan precedentes para la interpretación intercultural. En este punto es importante dejar en claro que se debe maximizar hasta lo posible la autonomía de los sistemas de justicia indígena, al punto que estas políticas de justicia (jurisdiccional) puedan ser consensuadas con las comunidades, nacionalidades y pueblos, y otros colectivos concretos (niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, etc.).

Luego, entender estas barreras ideológicas, que se presentan transversalmente en el derecho —no sólo en los peritajes aquí analizados—, puede desmitificar las expectativas reales que se tienen respecto del éxito en la presentación de los informes periciales a las juezas y jueces para su valoración, y pueden ayudar a las peritas y peritos antropólogos/os a buscar en sus informes algunas fórmulas para comunicar sus hallazgos hasta mientras el nuevo constitucionalismo transforma los esquemas ideológicos del derecho y la justicia dominantes establecidos en las normas positivas. La desazón de *Esther Sánchez Botero* al ver que en las sentencias de tutela en la gran mayoría de casos no son tomados en cuenta los puntos de vista de la antropología jurídica, pudiera verse aliviada en un primer momento, pero luego llevaría a definir estrategias coyunturales de litigio y comunicación.⁴⁸

Por último, comprender estas barreras en un ámbito más amplio puede ser parte de una estrategia general que supere la simple denuncia clásica del rol privatista del derecho popularizada en Latinoamérica por *Pashukanis* como instrumento de clase y elemento estático de la superestructura social,⁴⁹ y que permita la mutación efectiva del derecho en un instrumento estratégico para la transformación social.

48 Cfr., Esther Sánchez Botero, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, UNICEF y Universidad de Amsterdam, 2006.

49 Cfr., E.B. Pashukanis, "Ideología y Derecho", en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- Arazi, Roland, “Medios de Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, *Prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- _____, “Los Caminos de la Justicia Intercultural”, en Carlos Gallegos y Danilo Caicedo, eds., *Derecho Ancestral y Justicia en contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Calamandrei, Piero, “De la Fe en los Jueces. Primer requisito del abogado”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Carnelutti, Francesco, “Percepción y deducción en las pruebas”, en *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Chávez, Gina, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!”, *En Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Couture, Eduardo, “Prueba y su Valoración”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000.
- Devis Echandía, Hernando, “La Valoración de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Bolivariana, 2000.
- Dulizky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Victor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Argentina, Editorial del Puerto, 2007.
- Fernández, Alberto, *Función Creadora del Juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- García, Danilo, “Pluralismo Jurídico y Peritaje Antropológico”, en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológico. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2006.
- García Serrano, Fernando, *Peritaje antropológico-histórico de la comunidad Kichwa de Shiwayacu*, parroquia Talag, Cantón Tena, provincia del Napo, Juicio Ordinario de Reivindicación 287-2006-C, septiembre de 2007.
- _____, *Peritaje Antropológico de las comunidades Kichwas del Pueblo Kitu Kara: Collaqui, Chichipata o la Esperanza, El Arenal, Tola Grande y Tola Chica, usuarios del ramal Chichipata perteneciente al Sistema de Riego de Tumbaco*, parroquia Tumbaco, Cantón Quito, provincia de Pichincha, expediente 371-2007, Agencia de Aguas de Quito.

- Guasp, Jaime, “De la Prueba en General”, en Fernando Quiceno, comp., *Actos del Juez y Prueba Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Ioffe, O.S, *Derecho Civil Soviético. Principios generales. La propiedad socialista personalidad jurídica. El contrato*, México, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.
- Moral Soriano, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.
- López, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.
- Pashukanis, E.B., “Ideología y Derecho”, en José María Martinelli, comp., *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
- Poveda, Carlos, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, en *Revista Foro* No.8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007
- Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Bogotá.
- Sánchez Botero, Esther, *El peritaje antropológico. Justicia en clave intercultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.
- _____, *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, UNICEF y Universidad de Ámsterdam, 2006.
- Santos, Boaventura De Souza Santos, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001
- Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García-Villegas, Mauricio, *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, http://www.cejamericas.org/doc/documentos/oferta_demanda.pdf
- Untuña, Jorge, El Peritaje Antropológico como prueba judicial ante un conflicto cultural y normativo, en Esther Sánchez Botero, ed., *Peritaje Antropológica. Reflexiones Generales*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2006.
- Vishinski, A., “Libre Calificación de la Prueba”, en Fernando Quiceno, comp., *Valoración Judicial de las Pruebas*, Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, “*Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*”, en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

LUIS FERNANDO ÁVILA LINZÁN

Normativa jurídica

Código de Procedimiento Civil, Codificación, RO-S 687: 18-may-1987.

Código Orgánico de la Función Judicial, RO-S 544: 9-mar-2009.

Constitución del Ecuador de 2008, RO 449: 20-oct-2008.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, RO-S2 52: 22-oct-2009.